CONDIZIONE GIURIDICA

DELLA DONNA

DELLA

CONDIZIONE GIURIDICA

DELLA DONNA

SECONDO IL CODICE CIVILE ITALIANO

PER L'AVVOCATO

GIOVANNI CASTELLARI

TORINO

VINCENZO BONA

TIP. DI S. M.

1877.

La donna è destinata ad essere nell'esercizio dei diritti uguale all'uomo?

Ecco la questione intorno a cui da gran tempo discutono i cultori delle scienze giuridiche e sociali [1], e di cui risuonano tratto tratto le aule legislative, questione complessa, delicatissima, di incontenstabile gravità ed importanza.

Nelle discussioni teoriche scesero e scendono in campo le opinioni più disparate. Mentre da un lato scambiando una lunga consuetudine, colla capacità naturale della donna, la si vorrebbe escludere da ogni atto che esca fuori dall'orbita delle domestiche cure; dall'altro lasciando libero il volo alla immaginazione, e precorrendo forse ad uno stato di civiltà assai più avvanzato che non sia l'attuale, si insegna che la donna deve essere pareggiata in

---

(1) Fra gli antichi che trattarono della condizione morale e giuridica della donna sono da notarsi specialmente: SOCRATE nel *Convito di Platone*. - PLATONE, *Leges*, I, VII; *De republica*, 5. - ARISTOTILE, *Politica*, I, VIII. - PLUTARCO, *Moralia; De liberis instituendis; De virtute morum*. - TITO LIVIO, XXXIV, 81. - SENECA, *Consolazione a Marcia*.

tutto all'uomo, ed ammessa per conseguenza a godere non soltanto dei diritti *civili* ma anche dei *politici*.

Nelle applicazioni pratiche invece l'accordo è pressochè completo fra le legislazioni dei popoli moderni. La donna viene assolutamente esclusa dal godimento dei diritti politici; e quanto ai diritti civili è bensì per regola generale ammessa come l'uomo al godimento di essi, ma in via eccezionale l'esercizio ne viene modificato e ristretto così, che la sua condizione giuridica riesce di gran lunga inferiore alla condizione giuridica dell'uomo.

È questo il sistema che venne pure seguito dalla legislazione Italiana.

Scopo del presente studio, non è di cercare una risposta teorica e generale alla questione sovra enunciata. La precipua delle ragioni per cui le discussioni intorno alla necessità di modificare la condizione della donna, non produssero in pratica notevoli effetti, deve forse essere posta nella moltiplicità e nell'ampiezza delle riforme chieste dagli *emancipatori*, e nell'indirizzo puramente teorico e qualche volta troppo appassionato che venne dato alla discussione.

Rovesciare un ordine di cose stabilmente costituito per sostituirne un altro anche più razionale ma che abbisogna ancora di una lunga pratica per diventar definitivo e per poter recare buoni frutti; egli è un provvedimento da cui rifuggono non soltanto coloro, che ritengono giusta ogni istitu-

zione quando è da lungo tempo stabilita, ma anche coloro che pur riconoscendo la giustizia delle riforme, sanno altresì che per camminar stabilmente nella via del progresso bisogna camminar lentamente e che una instituzione, non può attecchire se non trova preparato il terreno da cui possa trarre gli elementi della sua vita.

L'unico mezzo adunque onde poter realizzare un progresso riguardo alla condizione giuridica della donna si è di procedere gradatamente e di persuadere gli oppositori, che le riforme volute sono conformi ai principii razionali e non isconvolgono menomamente l'ordinamento sociale e famigliare.

Che un tal mezzo sia fecondo di ottimi risultati, lo prova la discussione, or non è guari agitatasi alla Camera dei Deputati dove fu accolto con deferenza, ed approvato il progetto di legge per l'ammessione delle donne a far testimonianza negli atti pubblici, appunto perchè la riforma parve modesta, senza gravi conseguenze pratiche e conforme ai principii razionali.

Per non allontanarci dal sistema che può recare migliori frutti verrà quindi lasciata in disparte la questione sull'ammessibilità della donna all'esercizio dei diritti politici. Tale questione, benchè sia stata risolta in senso affermativo da uno dei più illustri moderni scrittori di cose giuridiche [1] non sembra

---

(1) STUART MILL, *Gouvernement représentatif*, chap. VIII.

ancora matura a decisione avuto riguardo specialmente allo stato attuale della civiltà, ed all'attuale cultura della donna. La discussione sarà invece ristretta ad accertare se sia o non giusto e conveniente che alla donna spetti intanto pieno ed intiero l'esercizio dei diritti civili, come spetta all'uomo, fatta naturalmente ragione alle differenze fisiologiche ed alle necessità dell'ordinamento sociale o famigliare.

E affinchè il metodo abbia pure una forma non esclusivamente teorica si prenderanno ad esame quelle disposizioni del codice civile Italiano le quali restringono o modificano in alcun modo la condizione giuridica della donna creando a questa, di fronte alla legge, una posizione speciale diversa da quella dell'uomo.

L'esame avrà per obbietto di rilevare se veramente le restrizioni o modificazioni siano razionali ossia imposte da una necessità fisiologica, o di ordinamento famigliare e sociale; e richiederà naturalmente l'esposizione di alcune delle principali questioni di interpretazione che si sollevano in ordine alle disposizioni esaminate, e che hanno tratto alla condizione giuridica della donna.

L'ordine dello studio viene chiaramente dettato da quello del codice, ma sarà seguito senza un esclusivo rigore per non distrurre l'armonia che deve esistere tra la trattazione pratica e la trattazione razionale della materia.

CAPO I.

Condizione giuridica della donna in ordine alla cittadinanza.

Benchè l'art. 4° del Codice civile italiano dichiari che lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini, tuttavia anche rispetto ai diritti civili la condizione giuridica dello straniero, è sotto molti rapporti differente dalla condizione giuridica del cittadino.

Così, a norma dell'art. 6° delle disposizioni preliminari sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi, poste in fronte al Codice civile, lo stato, la capacità delle persone, ed i rapporti di famiglia vengono regolati dalle leggi della nazione cui ciascuna persona appartiene; a termine dell'art. 8, sono pur regolate dalla legge nazionale delle persone le successioni legittime e testamentarie; ed a termini dell'art. 9, la sostanza e gli effetti delle donazioni sono sottoposte all'impero della legge nazionale dei disponenti.

Poichè adunque la qualità di straniero dà origine ad una particolare condizione giuridica, ne consegue che indirettamente, ma necessariamente modificative della con-

dizione giuridica d'una persona sono le leggi che accordano o tolgono alla medesima la qualità di cittadino. — Ora siccome nel Codice italiano si leggono delle disposizioni le quali stabiliscono dei mezzi speciali alle donne sia per l'acquisto che per la perdita della nazionalità, queste particolari disposizioni devono considerarsi come modificative della condizione giuridica della donna, e come tali entrano nel novero di quelle che a norma dello scopo propostoci, converrà prendere ad esame.

Ciò posto le disposizioni del Codice civile riguardanti la capacità speciale della donna in ordine alla cittadinanza, si possono dividere in tre classi secondo che riflettono 1° la trasmissione, 2° l'acquisto, 3° la perdita della nazionalità.

§ 1.

L'intimo affetto che lega il figlio a' suoi genitori, le relazioni di famiglia, la comunanza di interessi, e di costumi, che sono il risultato necessario del rapporto di paternità e figliazione, spiegano il perchè da tutte le civili legislazioni sia ammesso il principio in forza del quale il figlio deve seguire la nazionalità de' suoi genitori.

Si può dunque asserire che per diritto naturale i genitori trasmettono ai figli la loro nazionalità.

Se non che l'applicazione di tale principio di diritto naturale facile ed evjdente allorchè i genitori hanno la medesima nazionalità, incontra delle difficoltà nel caso opposto, e rende necessario di ricercare ulteriormente a quale dei due genitori si debba accordare la preferenza.

Il Codice italiano seguitando in massima i princìpi che informano la generalità delle altre legislazioni, risolve la

difficoltà attribuendo al padre la prerogativa di trasmettere ai figli la sua nazionalità (art. 4) e dichiarando cittadino il figlio nato da madre cittadina solo allora quando il padre sia ignoto (art. 7).

Per dare un retto giudizio del sistema seguito dal nostro Codice è necessario prima di tutto distinguere il caso in cui si tratti di figli legittimi, da quello in cui si tratti di figli naturali.

Allora che i figli sono legittimi e perciò vi è matrimonio e società famigliare, questo principio devesi prima di tutto porre come induscutibile: che tutti i figli degli stessi genitori devono di regola aver la medesima nazionalità. — Egli è sul primo nucleo della famiglia che ha fondamento l'umana società; e la saldezza dei vincoli famigliari interessa non meno la pubblica moralità che la materiale floridezza di ogni nazione. — La legge adunque deve ben guardarsi dallo ammettere princìpi che possano produrre la disgregazione della famiglia, e tale sarebbe senza dubbio una disposizione che senza necessità stabilisse una diversa nazionalità tra i figli degli stessi genitori.

Al padre od alla madre quindi, devesi in modo esclusivo accordare il diritto di trasmettere la propria nazionalità ai figli, non cumulativamente ad ambi i genitori.

Ora è certo che nell'ordinamento famigliare attuale l'uomo si può chiamare il capo saldo intorno a cui si aggruppano gli altri membri della famiglia. Egli contraendo matrimonio dà il suo nome alla moglie ed ai figli, da lui emana l'influenza morale sulla famiglia, a lui spetta l'alta direzione della società famigliare.

La donna invece allorchè contrae matrimonio abbandona la sua famiglia originaria, per entrare a far parte di una nuova. — Con ciò, come vedremo meglio in seguito, non deve riportarne alcun scapito la sua condizione giu-

ridica, ma è pur indubitato che essa senza cessare di esser giuridicamente eguale al marito ne subisce tuttavia entro certi limiti la preminenza.

Non pare adunque che si possa ritenere esatta l'opinione di chi non trova alcuna ragione di preferenza tra la moglie ed il marito in ordine alla trasmessione ai figli della nazionalità (1). — Poichè è il marito il principale elemento costitutivo della famiglia, poichè è desso che trasmette il nome ai propri figli; pare ragionevole il conchiudere che a lui spetti la trasmessione della nazionalità, e perciò sotto tale aspetto, e sempre in tema di figliazione legittima, deve ritenersi come giusto il precetto del Codice italiano il quale dichiara cittadino il figlio nato da padre cittadino.

Se però è ragionevole il precetto come regola generale, ciò non toglie che possa e debba esser soggetto ad eccezione; ed è sotto un tale aspetto che la nostra legge può esser oggetto di fondata censura.

Secondo lo stesso Codice italiano può darsi che taluno abbia perduto la cittadinanza senza acquistarne un'altra. In tale ipotesi, i suoi figli dovendo seguire la sua condizione non possono essere considerati cittadini, e quindi rimangono nello stato medesimo in cui si trova il padre loro, ossia partecipano con lui di una posizione anomala ed indecisa senza averne alcuna colpa.

Non occorre spender parole per dimostrare la ingiustizia di una tale conseguenza a cui tuttavia si arriva necessariamente applicando la disposizione della nostra legge, e perciò non si può a meno che riconoscere la imperfezione della legge stessa, imperfezione che riesce sfavorevole alla condizione giuridica della donna poichè sarebbe stato ragionevole e conforme ai princìpi più

---

(1) Emile Accollaz, *Manuel de droit civil.* Paris 1870, vol. I, p. 24.

sopra esposti il dichiarare che debba considerarsi come cittadino il figlio nato da madre cittadina quando il padre non abbia alcuna nazionalità.

Venendo in secondo luogo ad esaminare il caso in cui non vi sia matrimonio, ossia si tratti di figliazione illegittima, egli è pur facile dimostrare che si possono in tale eventualità verificare delle circostanze, per le quali riesca ingiusto lo accordare al padre la trasmessione della propria cittadinanza.

Secondo la disposizione dell'art. 7° del Codice civile, basta che il padre sia *noto* perchè si trasmetta al figlio la sua nazionalità. — Veramente la locuzione poteva essere più precisa, poichè la *notorietà* può risultar in molti modi, e sarebbe assai pericoloso il far dipendere la nazionalità altro che da fatti certi legalmente. Ma poniamo pure che la parola *noto* non debba intendersi nel senso volgare, di generalmente conosciuto, e debbasi invece intendere nel senso strettamente legale. — Egli è certo che devesi intender *noto* nel senso legale il padre, quando la paternità risulti indirettamente da una sentenza civile o penale, e devesi pure ritener noto nel senso legale quando il padre stesso esplicitamente siasi dichiarato tale in uno scritto. Tanto è vero che in tali casi il padre si considera come noto, che la legge stessa all'art. 193 Codice civile accorda ai figli il diritto agli alimenti, ancorchè non sia intervenuto e non possa intervenirne il riconoscimento.

Ora suppongasi che un padre noto, nulla abbia operato in favor dei figli, e per contro la madre ne abbia fatto il riconoscimento, chi può negare che ragionevolmente alla madre e non al padre dovrebbe spettar il diritto di trasmetter la propria nazionalità? In tale eventualità non si possono più invocar le ragioni di unità della famiglia e di supremazia del marito che vedemmo esser applica-

bili allora che esiste il matrimonio; la famiglia non esiste, od almeno se esiste una specie di famiglia è la madre che se n'è creata capo per mezzo del riconoscimento ed il padre sta invece volontariamente estraneo, ed anzi per disposizione espressa della legge non può nemmeno esser ricercato (art. 189).

Pure l'art. 7 del Codice civile è troppo chiaro e siccome nei casi sovra riferiti non si può dubitare che il padre sia noto, così il figlio deve necessariamente aver la nazionalità di esso e non quella della madre.

Adunque anche in tema di figliazione illegittima la regola contenuta negli art. 4 e 7 del Codice civile è troppo assoluta e dovrebbe esser modificata a vantaggio della condizione giuridica della madre accordando alla stessa il diritto di trasmettere nei figli naturali la propria nazionalità quando essa li ha riconosciuti, ed il padre che pure è noto non ne ha fatto riconoscimento.

§ 2.

In ordine all'acquisto della cittadinanza il Codice italiano ha negli articoli 9 e 10 stabilito dei princìpi i quali danno pure origine ad una superiorità della condizione giuridica dell'uomo su quella della donna.

L'art. 9 dispone che: la donna straniera la quale si marita ad un cittadino, acquista la cittadinanza e la conserva anche vedova.

Tale disposizione come principio generale è del tutto razionale e devesi considerare come una pura applicazione del diritto naturale, e come logica conseguenza del principio di unità della famiglia, cioè di quello stesso prin-

cipio che, come si è più sopra discorso, importa la identità di cittadinanza tra i genitori ed i figli.

Una famiglia i cui genitori hanno diversa nazionalità non può mai arrivare a produrre quella *communicatio divini atque humani juris* che è il tipo ideale del matrimonio anche dal punto di vista giuridico; e dà origine a molti e gravissimi inconvenienti allora che si tratta di stabilire i diritti reciproci personali e patrimoniali dei coniugi tra di loro, e dei coniugi rispetto ai figli, diritti che talora, in causa della diversità delle legislazioni cui sono i coniugi soggetti, e del carattere personale che alcune leggi conservano, riescono tra di loro inconciliabili con grave scapito degli interessati. Adunque pare che si possa senza esitazione asserire che interessa l'ordine pubblico questa mutazione della nazionalità della donna che va a marito con un cittadino, e perciò stesso conseguirne che i coniugi ove pur il volessero, non potrebbero con un patto speciale derogare alla disposizione di legge cadente in esame.

Ma v'ha di più: potrebbe darsi che una donna straniera a norma della sua legge nazionale non perdesse la cittadinanza originaria passando a matrimonio con uno straniero.

In tal caso, malgrado la singolarità della posizione devesi pur concludere che la moglie acquisti la cittadinanza del marito, e così venga ad appartenere contemporaneamente a due nazionalità. — Di vero nella legge non v'ha alcuna disposizione che sia contraria ad una tale possibile eventualità, e non giova opporre come si è fatto in seno alla Commissione coordinatrice del Codice civile (1) la nota massima: *nemo duarum civitatum civis esse po-*

---

(1) Processo verbale n° 3, seduta 15 aprile, § 3.

test, poichè per un lato il principio di unità della famiglia ha ben maggior valore di un assioma forense, e per l'altro, la legge nazionale non può aver forza oltre i confini dello stato, e non può mutar gli effetti di una legge straniera la quale consideri sempre come cittadine anche le donne passate a matrimonio con uno straniero.

Dato adunque che il matrimonio con un cittadino conferisca alla moglie straniera la cittadinanza, può sollevarsi la questione, quale cittadinanza debbasi intendere avere la moglie allorchè il matrimonio fosse dichiarato nullo.

A primo aspetto parrebbe che la risposta alla questione debba trovarsi nell'art. 116 del Codice civile il quale dispone che il matrimonio dichiarato nullo, qualora sia stato contratto in buona fede, produce gli effetti civili tanto riguardo ai coniugi, quanto riguardo ai figli. — Applicando tale disposizione alla questione si dovrebbe conchiudere che la moglie conserva la nazionalità di colui che fu già a lei congiunto in matrimonio putativo.

Tuttavia si può osservare in contrario, e con più fondamento: prima di tutto esser dubbio se nelle parole: *effetti civili,* si possa comprender anche la cittadinanza, la quale è uno stato che non limita unicamente la sua azione ai rapporti civili. In secondo luogo poi egli è certo che la disposizione contenuta nell'art. 116 è di favore: tanto è vero che tale disposizione si estende solamente ai contraenti di buona fede, e quando uno solo dei coniugi è di buona fede il matrimonio produce gli effetti civili soltanto *in favore* di lui e dei figli.

Ora se si è voluto coll'art. 116 concedere un favore, ne consegue naturalmente, che siccome, *beneficia invitis non conferuntur*, la moglie che non vuole approfittarne, non è tenuta a ritenersi la nazionalità del marito putativo, ma può liberamente abbandonarla e sceglierne un'altra.

Con ciò però non si è ancora risolta la questione proposta, poichè trattasi appunto di stabilire quale nazionalità si debba giuridicamente ritenere avere la moglie dopo che il matrimonio fu dichiarato nullo, e non facendosi dalla moglie alcuna dichiarazione in ordine alla nazionalità da essa preferita.

A tale riguardo però si può facilmente osservare che se la donna si induce ad abbandonare oltre alla sua famiglia, anche la sua patria, egli è in vista unicamente della nuova famiglia che deve costituirsi tra lei ed il futuro sposo, egli è per l'affetto che tutto si volge e si concentra nel nuovo compagno della sua vita. Ma se questo compagno le sfugge, se la sperata società coniugale non si costituisce, allora, manca la ragione del sacrificio, manca la condizione alla riunione, e quindi deve ragionevolmente concludersi che rinunzia non vi fu e che la donna ha conservato e conserva la sua nazionalità primitiva.

Un altro modo di acquistare la cittadinanza è specialmente attribuito alla donna dal nostro Codice all'art. 10. Ivi è disposto che la moglie e i figli dello straniero che ha ottenuto la cittadinanza divengono cittadini semprechè abbiano fissata la residenza nel regno.

E però notevole in tale disposizione la differenza che si stabilisce tra la moglie ed i figli. Questi possono a norma dell'art. 5 optare per la qualità di straniero, ancorachè abbiano trasferito e mantengan la loro residenza nel regno; la moglie invece, appena trasferta nel regno la sua residenza, diventa inesorabilmente cittadina.

Ora questa differenza dimostra evidentemente che la ragione della disposizione cadente in esame non è il principio di unità della famiglia; o almeno si è subordinata l'applicazione del principio di unità della famiglia alla

manifestazione della volontà per parte della moglie. Tale manifestazione di volontà si è posta dal legislatore nel trasferimento della residenza nel regno.

Siccome poi i figli minori non si possono ritenere come capaci di fare seriamente la manifestazione della loro volontà intorno al fatto importantissimo dell'acquisto di una nuova cittadinanza, così fu accordato alla madre la facoltà di pronunziarsi per loro, ma si diede pure ad essi la facoltà di distruggere col fatto proprio la elezione che in loro nome avesse fatto la madre.

Questa esplicazione del concetto legislativo apre la strada ad altre osservazioni sopra il disposto dell'art. 10.

Il legislatore trae la prova del consenso della moglie ad acquistare la cittadinanza del marito dal solo fatto del trasporto della propria residenza nel regno. È facile osservare che un semplice fatto qual è il trasporto della residenza non puossi ritenere come sufficiente a produrre mutazioni così gravi e radicali nella condizione della moglie e dei figli.

La residenza potrebbe essere trasferita solo temporariamente; gl'interessi patrimoniali della famiglia potrebbero soli aver spinto la madre a trasportare la sua residenza nel regno; eppure la lettera della legge è precisa e una volta avvenuto il trasferimento, la moglie ed i figli acquistano immediatamente la cittadinanza. Nè dicasi che il trasferimento di residenza nel regno si può anche considerare, come una manifestazione della volontà della moglie di ricostituire la società famigliare, poichè può darsi che la moglie pur trasportando la residenza non abbia la menoma intenzione nè di ricostituir la famiglia, nè di acquistar la nazionalità del marito. Può darsi che la residenza della moglie e quella del marito, pur essendo tutte due nel regno, siano differenti, potrebbe darsi che

il marito non risiedesse nemmeno nel regno, anzi che fosse nella sua patria d'origine, e la moglie anche per sfuggire la presenza del marito sia venuta a risiedere nel regno: ora chi potrà sostenere con frutto che il trasporto di residenza nei casi sovra accennati abbia l'importanza e lo scopo che gli ha attribuito il legislatore? Notisi per soprappiù che la persona a cui il fatto del cambiamento di residenza produce la mutazione di nazionalità è straniera, e quindi non si può nemmeno supporre informata della disposizione della nostra legge.

La poca ragionevolezza di una condizione di tal fatta era già stata rilevata in seno alla Commissione coordinatrice; però il commissario che sollevò la questione in proposito sosteneva che la moglie ed i figli dello straniero che ha ottenuto la cittadinanza devono *ipso facto* essere considerati come cittadini essi pure, senza richiedere alcuna manifestazione di volontà (1). Tale sistema però non può essere accettato, perchè accorda troppa influenza al principio dell'unità della famiglia, mentre questa unità fu già rotta pel fatto stesso del padre, il quale ha abbandonato la nazionalità che aveva comune coi membri della sua famiglia per assumerne una nuova.

È quindi preferibile l'opinione di coloro che credono necessaria una manifestazione di volontà per parte della madre. Tuttavia il cambiamento di residenza non può razionalmente essere considerato come manifestazione della volontà di mutar nazionalità; e per togliere ogni dubbio sarebbe stato partito più ragionevole il richiedere dalla moglie una dichiarazione scritta, a norma di quanto era stato proposto dal Bonacci in seno alla Commissione coordinatrice.

---

(1) Processi verbali, n° 3, seduta 15 aprile, § 1.

Adunque nella disposizione dell'articolo 10, alinea 4°, del Codice italiano si contiene una limitazione non necessaria della libertà, e quindi una ingiusta restrizione della condizione giuridica della donna.

§ 3.

Correlativamente all'articolo 9, che accorda alla donna straniera la cittadinanza quando sposa un cittadino, l'articolo 14 stabilisce che la donna cittadina che si marita ad uno straniero diventa straniera.

Il legislatore però ha voluto prevedere il caso in cui la legge personale del marito a cui si unisce la cittadina italiana non annoveri il matrimonio fra i mezzi di acquisto della nazionalità, e siccome in tale eventualità la cittadina italiana contraendo matrimonio collo straniero verrebbe ad essere senza cittadinanza, così l'articolo 14 dispone che la donna cittadina che si marita ad uno straniero diviene straniera, *semprechè* col fatto del matrimonio acquisti la cittadinanza del marito.

La disposizione dell'articolo 14 può tuttavia dar luogo ad una grave questione.

Può darsi che il marito straniero non abbia alcuna cittadinanza. Dovrassi perciò conchiuderne che senza cittadinanza rimanga pure la donna cittadina che contrae matrimonio con esso lui? La conseguenza è troppo grave per crederla giusta: la moglie verrebbe a perdere tutti i vantaggi della sua condizione senza averne nessuno in cambio, anzi per acquistare una condizione anormale ed affatto contraria a quella legge di stabilità che deve presiedere alla società coniugale e che è necessaria alla costituzione della famiglia.

Se adunque l'applicazione dell'articolo 14 menasse ad una tal conseguenza, non esiteremmo a dire censurabile la disposizione della nostra legge.

Se non che si può osservare che la legge pone per condizione alla perdita della cittadinanza che la donna cittadina col fatto del matrimonio *acquisti la cittadinanza del marito*. Ora, in realtà la donna non acquista la cittadinanza del marito sia che la legge nazionale del marito non le accordi un tale vantaggio, sia che il marito non abbia cittadinanza da comunicare alla moglie.

Pare adunque potersi con sufficiente certezza conchiudere che anche in applicazione della nostra legge positiva la donna cittadina che si marita ad un individuo che non ha cittadinanza, conserva la cittadinanza italiana.

—

L'alinea dell'articolo 14 concede alla moglie già cittadina, la quale maritandosi ad uno straniero ha perduto la cittadinanza, il mezzo di riacquistare la cittadinanza nel caso in cui rimanga vedova.

Il legislatore distingue secondochè la vedova risieda all'estero oppure nel regno.

Allorquando la vedova dello straniero, già cittadina italiana, risieda all'estero, la legge dispone prima di tutto che, per riacquistare la cittadinanza, deve *rientrare* nel regno. È naturale il dubbio sulla portata della parola *rientrare*. Certamente non si deve intendere come sufficiente il ritornar momentaneo che essa faccia nel regno allo scopo di far la dichiarazione di domicilio. Dovrà dunque la vedova tornar stabilmente nel regno, ossia *risiedervi*. Ora, posto pure che tale sia la intenzione del legislatore, sebbene debba deplorarsi che non siasi servito della locuzione che esso stesso indica come propria a distinguere la dimora stabile in un luogo, è certo però

che anche la *residenza* è un fatto, e rimane sempre dubbio per quanto tempo questo fatto debba durare. Sarà la donna legata continuamente a rimaner nel regno? Decadrà essa nuovamente dalla qualità di cittadina appena trasporti altrove la sua residenza?

Veramente non pare che si possa ragionevolmente giungere fino a tale conseguenza, ma non si può negare che il semplice precetto di *rientrare* è così ampio che dà origine a molti dubbi nell'interpretazione; dubbi che il legislatore avrebbe potuto evitare accennando apertamente alla *residenza,* e indicando quale dovesse esserne la durata. A noi non pare, come si osserverà meglio in seguito, che sia giusto imporre l'obbligo del trasporto della residenza come condizione del riacquisto della cittadinanza; ma poichè il legislatore lo ha imposto, considerandolo come una manifestazione di volontà per parte della vedova, era necessario che almeno ne fissasse in modo preciso il carattere e la durata.

In secondo luogo la legge obbliga la vedova a dichiarare che intende fissare nel regno il proprio *domicilio.*

A questo proposito giova porre a confronto la disposizione dell'articolo 14 del Codice civile con quella dell'articolo 17 che si trova nel titolo 2°, *Del domicilio civile e della residenza.*

Nell'articolo 17 è dichiarato che, onde produrre il trasferimento di domicilio, si richiede la relativa dichiarazione all'ufficio dello stato civile; ma si soggiunge che a tale dichiarazione equivalgono anche altri fatti, i quali dimostrino l'intenzione di trasportare la sede principale degli affari od interessi.

Nell'articolo 14 invece non si fa parola di questi fatti che possono equivalere alla dichiarazione, ed è quindi necessario conchiudere che tali fatti non bastano a pro-

durre l'effetto del riacquisto della cittadinanza a favore della vedova.

A giustificare una tale differenza si osserva che il cambiamento di cittadinanza è un fatto abbastanza importante per richiedere una speciale e solenne dichiarazione di volontà; che in tale materia è indispensabile, onde evitare conflitti di legislazione, accertar precisamente l'epoca in cui è avvenuto il cambiamento di nazionalità, e l'accertamento sarebbe impossibile quando il cambiamento di domicilio dipendesse da fatti i quali dovessero ancora essere provati, onde giudicare se valgano o meno a dimostrare l'intenzione di trasportar la sede principale degli affari.

Tali osservazioni non bastano però a giustificare la disposizione cadente in esame, poichè o è veramente il cambiamento di domicilio che si vuole accertare, ed allora non vi è ragione per fare un caso speciale del cambiamento di domicilio della vedova straniera; o il cambiamento di domicilio si vuol considerare come una manifestazione dell'intenzione per parte della vedova di ritornare all'antica nazionalità, ed allora tanto valeva imporre addirittura l'obbligo di optare per la originaria nazionalità, chè in questo modo si sarebbe potuto evitare degli equivoci, ai quali invece si va incontro accordando alla dichiarazione di fissazione di domicilio un intendimento che in certi casi può benissimo non avere.

Questa stessa osservazione si può ripetere anche per la seconda ipotesi contemplata dal legislatore, la quale si verifica allora quando la donna maritata ad uno straniero ha continuato a risiedere col marito nello Stato.

In tal caso può darsi che la sede del domicilio del marito fosse all'estero, ed allora si comprende che la legge esiga una dichiarazione della vedova, colla quale essa stabilisca il suo domicilio nello Stato.

Ma poniamo invece che il marito avesse l'ultimo suo domicilio nello Stato. A norma dell'articolo 18 del Codice civile la vedova conserva il domicilio del marito finchè non ne abbia acquistato un altro. Non vi sarebbe perciò ragione di richiedere dalla vedova una nuova dichiarazione di domicilio, e se si vuole che essa dimostri l'intenzione di riacquistare la perduta nazionalità, sarebbe, come si è già osservato, più logico il richiedere una dichiarazione espressa in tal senso.

Un'altra questione che può sollevarsi nella interpretazione dell'alinea dell'articolo 14 riflette il tempo, in cui deve farsi dalla vedova il ritorno nel regno e la dichiarazione di domicilio.

La legge non ha in proposito alcuna disposizione, e quindi pare doversi conchiudere che non decorre alla vedova alcun termine utile onde compiere le prescritte formalità, non potendosi introdurre una distinzione e tanto meno una fissazione di termine quando la legge non si è curato di farlo.

Tuttavia non puossi a meno di considerare che, passato un lungo periodo di tempo quando la vedova abbia continuato a vivere all'estero colla famiglia del marito, il trasporto temporaneo che essa facesse della sua residenza nel regno ed anche la dichiarazione di domicilio, non dovrebbero produrre il medesimo effetto come allorquando tali fatti intervengono immediatamente dopo lo scioglimento del matrimonio. Potrebbe darsi benissimo che la dichiarazione di domicilio fosse fatta dalla vedova per interessi suoi particolari, forse anche nell'interesse dei figli minori, e per tutt'altro scopo che a riacquistare la cittadinanza. Ciò malgrado però, la legge è chiara: basta il fatto del *rientrare* nel regno unito alla dichiarazione, perchè la moglie ricuperi senz'altro la nazionalità primi-

tiva. Intesa in questo senso assoluto, la disposizione costituisce una restrizione della condizione giuridica della donna, perchè può in certi casi aver l'effetto d'imporle una mutazione di cittadinanza che essa non reclama e non dimostra menomamente di voler accettare.

All'art. 11 è indicato un altro modo con cui si può dalla donna perdere la cittadinanza. — La moglie, ivi è detto, di colui che ha perduto la cittadinanza diventa straniera, salvochè abbia continuato a tenere la residenza nel regno.

A questo proposito può prima di tutto farsi questione quale sia la condizione della moglie quando il marito abbia bensì perduto la cittadinanza, ma non ne abbia acquistata un'altra. — Si può perciò ripetere qui ciò che fu detto a proposito dell'art. 14, che non par equo il condannare la moglie la quale non ha nessuna colpa, e può esser affatto estranea alle circostanze che produssero nel marito la perdita della cittadinanza, a divider con esso uno stato anormale, a perder quei diritti che la qualità di cittadina le accordava, ed a rallentare persino i vincoli che la univano colla famiglia e colla naturale sua società.

Ma v'ha di più, la disposizione dell'art. 11, anche quando il marito ha acquistato un'altra nazionalità, riesce in alcuni casi ad una vera ingiustizia a danno della moglie. Di vero, la perdita della cittadinanza nei casi contemplati dai numeri 2° e 3° dell'art. 11 è una vera pena; ora i princìpi i più inconcussi di diritto naturale pongono fuor di questione che le pene devono esser personali. Pur troppo, le conseguenze delle pene nell'ordine morale, sociale ed economico si fanno sentire inesorabilmente anche a carico dei non colpevoli, egli è quindi vieppiù necessario che il legislatore eviti di aggravare

colle sue disposizioni queste conseguenze che si debbono riguardar come deplorevoli ed ingiuste.

Adunque sarebbe stato giusto che il legislatore avesse dichiarato non produrre la perdita della cittadinanza del marito alcuna mutazione nella cittadinanza della moglie, quando la perdita sia stata incorsa dal marito per propria colpa.

Notisi poi che la disposizione sovra citata dell'art. 11 può dar luogo a serie questioni analoghe, se non identiche, a quelle più sopra svolte.

Poniamo che la moglie di colui che ha perduta la cittadinanza abbia trasferta la sua residenza all'estero, ma non nello stesso Stato in cui risiede il marito. Dovrassi ritener un tale fatto come sufficiente a produrre la perdita della cittadinanza anche nella moglie?

Veramente, volendo dare al precetto del legislatore un motivo ragionevole, non si può arrivar ad una siffatta conseguenza. Di vero, la ragione della disposizione non può riporsi fuorchè nella considerazione che la moglie di colui che ha perduto la cittadinanza, abbandonando il regno, dimostri di voler far adesione alla condizione del marito, ossia mostri la volontà di diventar essa pure straniera. Ma notisi bene però che intanto il trasferimento della moglie può intendersi avere un tal significato, in quanto la moglie vada all'estero per raggiungere il marito e per costituire colà la società famigliare disciolta; e dimostri così di volere, a preferenza, rinunziare alla cittadinanza piuttostochè abbandonar la famiglia.

Ma quando invece non si opera codesta ricostituzione della famiglia, quando la moglie abbandona il regno non per riannodar le rotte fila dell'unione coniugale ma per altro scopo, è chiaro che il solo trasferimento della residenza in estero Stato non può ragionevolmente e non deve produrre la perdita della cittadinanza nella moglie.

Tuttavia la disposizione della legge è troppo chiara, basta che la moglie non abbia continuato a tener la residenza nel regno, e qualunque sia lo Stato in cui essa va a risiedere, basta un tal fatto per renderla straniera.

Bisogna anzi venir necessariamente a questa conclusione, che anche nel caso in cui il marito che ha perduto la cittadinanza continui a risieder nel regno, se la moglie, fosse anche per sfuggirlo, si reca all'estero, perde la cittadinanza essa pure.

Ora, chi non vede che a questo modo si impone veramente alla moglie di risiedere nel regno, minacciandola della perdita della cittadinanza ove se ne allontani, e perciò si opera dal legislatore una ingiusta restrizione della sua libertà?

Così essendo le cose, la disposizione dell'art. 11 è censurabile non solo perchè estende talora alla moglie una pena che deve esser inflitta al solo marito, ma è censurabile altresì sia perchè vincola la libertà della moglie in ordine al trasferimento della propria residenza, sia perchè dà al trasferimento all'estero in genere un effetto che non dovrebbe in ogni caso essere attribuito fuorchè al trasferimento nel luogo stesso in cui risiede all'estero il marito.

CAPO II.

Condizione giuridica della donna in ordine al domicilio.

« La moglie che non sia legalmente separata ha il domicilio del marito, e lo conserva anche vedova finchè non ne abbia acquistato un altro ». Tale è la disposizione dell'art. 18 del Codice civile italiano, nella quale, come facilmente si può scorgere, è contenuta una vera restrizione alla capacità giuridica della donna maritata.

Di vero, la fissazione del domicilio è, per regola generale, secondo i princìpi del diritto e secondo il Codice italiano un fatto che dipende dalla volontà della persona, poichè dalla volontà della persona dipende lo stabilire in un luogo piuttosto che in un altro la sede principale dei proprii affari. Lo stesso art. 17 del Codice civile dichiara del resto che l'intenzione di fissare la sede dei proprii affari in un luogo determinato, dà origine al cambiamento di domicilio. Tale facoltà di mutare a seconda della propria volontà il domicilio e di stabilirlo nel luogo che meglio aggrada è negata dal citato art. 18 alla donna maritata la quale forzatamente deve aver il domicilio del marito.

Le ragioni che generalmente si adducono onde giustificare tale restrizione a danno della moglie, sono le seguenti. In primo luogo si invoca la necessità di favorire la maggior possibile unione fra i coniugi affinchè il matrimonio, base della società famigliare e quindi di tutta la società, sia fecondo di utili risultati. Si osserva inoltre che, siccome l'art. 130 del Codice civile impone ai coniugi la coabitazione, è naturale, ed anzi è necessaria conseguenza dell'obbligo di coabitare, anche la comunione del domicilio (1).

Per quanto serii tali argomenti non paiono tuttavia decisivi. L'unione fra i coniugi è certamente il mezzo indispensabile onde raggiunger lo scopo morale del matrimonio, e il legislatore deve colle sue disposizioni favorirla e togliere gli ostacoli che la possano per avventura turbare. Unione però non vuol dire confusione. La donna ha una personalità giuridica che il legislatore deve rispettare, e commette una vera ingiustizia quando permette che una parte di tale personalità sia assorbita da quella del marito. Giova del resto ricordare che l'unione piena ed intiera fra i coniugi è dipendente dal mutuo affetto; che tale affetto non può imporsi dal legislatore e quindi se materialmente esiste, il precetto legislativo nulla può togliere nè aggiungere; e se sfortunatamente manca, la coercizione, invece di produrre l'accordo, aumenta il malanimo fra i coniugi.

Quanto all'art. 130 poi, si può osservare che la coabitazione importa la comunione di residenza, non quella degli interessi patrimoniali; e poichè la determinazione del

---

(1) Buniva, *Del diritto delle persone secondo il Codice civile italiano.* Torino, 1871, pag. 57 e 58 nota. - Bianchi, *Corso elementare di Codice civile italiano*, I, 480.

domicilio dipende, a norma dell'art. 16, dalla sede principale *degli affari*, nulla vi sarebbe di contraddicente al precetto della legge nel fatto che la moglie avesse altrove il suo domicilio, quando la sua residenza fosse regolarmente presso il marito.

Nè si dica che la disposizione dell'art. 18 sia per avventura giustificata da quella dell'art. 134 dello stesso Codice con cui la facoltà della moglie di addivenire ad un gran numero di atti è sottoposta all'autorizzazione maritale. L'istituto dell'autorizzazione maritale è per noi, come gioverà più tardi ripetere, una ingiusta restrizione della capacità della moglie, perchè contraria alla libertà ed alla eguaglianza dei coniugi; non si può dunque, a nostro parere, con un errore giustificare un altro errore. Se non che, a parte una tale osservazione, è certo che, a norma dello stesso art. 134, la moglie, se non può alienare i beni immobili e compiere altri atti senza l'autorizzazione del marito, conserva però la facoltà di amministrare i suoi beni parafernali, quindi egli è dove sono situati questi beni che sta la sede principale dei suoi affari, e la necessità che essa abbia di ricorrere alla autorizzazione maritale per alienarli ove ne abbia la convenienza, non è tale circostanza che basti per obbligarla a trasportare nel domicilio del marito la sede degli affari.

Non potrebbesi poi neppure avere una giustificazione dell'art. 18 nella disposizione dell'art. 1399 stesso Codice civile, da cui è stabilito che il marito ha l'amministrazione della dote, quantunque la proprietà ne rimanga alla moglie. Il regime dotale è una speciale condizione a cui i coniugi si assoggettano per contratto, non è una regola generale a cui siano soggetti gli interessi patrimoniali di tutte le società coniugali; può darsi anzi che la donna assoggetti a tale regime soltanto una parte dei

suoi beni; non è dunque possibile da un tale fatto particolare dedurre la giustificazione di una generale restrizione della condizione giuridica di tutte le mogli. Per provvedere ad un tale caso speciale sarebbe bastato il disporre che la costituzione di dote importa di per sè costituzione di domicilio della moglie presso il marito per quanto ha tratto agli interessi della dote.

Se non che si obbiettano in favore della comunione di domicilio due altri argomenti che non mancano in apparenza di un certo fondamento.

Poichè la moglie, si dice, ha bisogno dell'autorizzazione del marito per stare in giudizio, e poichè la determinazione del domicilio ha lo scopo precipuo di accertare dove si possano promuovere le azioni giudiziarie, è naturale che siasi stabilita la comunione di domicilio, perchè così i terzi che vogliono agire contro la moglie possono al domicilio del marito notificare la citazione tanto alla moglie che al marito per la richiesta autorizzazione.

Inoltre, si aggiunge esser naturale il supporre che la moglie, contraendo il matrimonio, abbia voluto trasportare presso il marito, presso la famiglia, la sede principale dei suoi affari, epperciò debbasi concludere che l'art. 18 non ha fatto che interpretare la volontà stessa della moglie.

Tuttavia, a codesti ragionamenti si può opporre che anche la necessità dell'autorizzazione maritale imposta alla moglie affinchè possa stare in giudizio, non è per sè una istituzione commendevole che valga a giustificarne un'altra; che ad ogni modo l'autorizzazione non è sempre necessaria per star in giudizio, poichè l'art. 134 la richiede solo riguardo a certi atti determinati; che infine la maggiore o minor comodità dei terzi ad iniziare delle azioni le quali possono benissimo esser infondate, non è

ragione bastevole a giustificare una restrizione nella condizione giuridica della donna.

In ordine poi alla presunta volontà della moglie si può cominciare ad osservare che, data una tale interpretazione, bisognerebbe concludere esser lecito alla moglie di mostrare una diversa volontà, ed invece il precetto dell'art. 18 è chiaro ed assoluto, e non si può indurre nei coniugi la facoltà di derogarvi con una speciale convenzione [1].

Del resto, se si può presumere una volontà nella moglie, devesi in ogni caso supporre che essa vuole stabilire la sede principale dei suoi affari dove essa stessa risiede insieme col marito e colla famiglia. Ora può darsi che il domicilio del marito non sia nel luogo dove esso risiede, ma altrove. In tal caso il domicilio della moglie essendo quello del marito, sarebbe non nel luogo in cui essa risiede colla famiglia, ma in un altro in cui può benissimo non avere interesse di sorta.

Che tale conseguenza, a cui non si può sfuggire seguendo il sistema del Codice italiano, sia ragionevole, nessuno potrà certo sostenerlo, e perciò, è forza conchiudere che l'art. 18 contiene una non giustificabile restrizione nella condizione giuridica della donna, e come tale può a buon diritto essere censurato.

Notisi poi che tale articolo si presenta anche sotto un altro aspetto censurabile, poichè ha posto sulla stessa linea la moglie, il minore e l'interdetto, ed ha così considerato, in ordine al domicilio, la donna maritata siccome assolutamente incapace di far valere i proprii diritti,

---

(1) Accollaz, opera citata pag. 98. - art. 1379 Codice civile italiano. - Notisi però che con ciò non rimane proibito alla moglie di *eleggere domicilio* per certi affari od atti.

al pari del minore e dell'interdetto; mentre la ragione e lo stesso sistema del Codice dimostrano che la donna, se nubile, ha completa capacità, e se è maritata ha capacità minore, ma è pur sempre capace, rispetto a certi oggetti, di obbligarsi validamente.

La condizione della donna maritata in ordine ai suoi beni può essere con maggior fondamento paragonata a quella dell'inabilitato, anzi la condizione della donna è ancora superiore, poichè essa ha facoltà di fare anche atti eccedenti la semplice amministrazione, mentre tale facoltà non spetta all'inabilitato. Or bene, l'inabilitazione non produce l'effetto di dare all'inabilitato il domicilio del suo curatore, la moglie invece ha il domicilio del marito. Vi è dunque una specie di incoerenza nella stessa disposizione dell'art. 18, e da tale incoerenza pare che si possa anche trarre un argomento della poca ragionevolezza del sistema.

Che poi vi sieno dei casi in cui la comunione del domicilio riesce ad esagerate ed assurde conseguenze lo si deduce anche da altre considerazioni.

All'ultimo alinea dell'art. 18 si legge che il maggiore d'età interdetto ha il domicilio del tutore, e perciò nel caso in cui la moglie abbia il marito interdetto e non ne sia essa la tutrice, si deve necessariamente ritenere che essa abbia il domicilio del tutore del marito. La sconvenienza di tale fatto non può esser certamente contestata. La moglie non avrà più bisogno dell'autorizzazione del marito, perchè l'art. 135, n° 1, nè la dispensa; la direzione della famiglia non sarà più nelle mani del marito il quale, siccome infermo di mente, non potrà occuparsene; eppure ciò malgrado il domicilio della moglie continuerà ad esser quello del marito, anzi la sua condizione sarà peggiorata, e sarà costretta ad aver il domicilio

di una persona estranea. La dignità della donna riesce per tal modo affatto dimenticata, in omaggio ad un sistema che non può più dirsi fondato sul principio di unità della famiglia, ma che poggia invece sulla preponderanza assoluta della personalità del marito su quella della moglie.

Riassumendo adunque quanto si è detto sin qui sul domicilio della moglie, poichè il domicilio è per finzione della legge, una specie di ente giuridico che si suppone rappresentare in ogni momento la persona, ed è quindi in qualche modo una parte, un elemento della personalità; poichè la finzione del domicilio può aver in pratica gravi conseguenze, e dall'applicazione dell'art. 18 può essere gravemente lesa la dignità della madre di famiglia; è forza il conchiudere che, coll'imporre alla moglie il domicilio del marito si violano ingiustamente gli interessi della moglie. Si fa assorbire infatti una parte della personalità giuridica di essa da quella del marito, l'individualità libera della donna scompare, o almeno è in parte menomata dal legislatore.

Nello stesso art. 18 del Codice italiano, è stabilito inoltre che la vedova conserva il domicilio del marito *finchè non ne abbia acquistato* un altro.

Anche a questo riguardo non pare che siasi tenuto a sufficienza calcolo della dignità e della personalità della donna. Se, come si è già più sopra dimostrato, non è conforme ai princìpi di libertà che la moglie sia obbligata ad avere il domicilio del marito allorchè egli è vivente, a *fortiori* non lo sarà quando è sciolto il matrimonio. — Egli è per lo meno strano che la personalità del marito seguiti ad avere una influenza su quella della moglie anzi ad assorbirla in parte, anche quando il marito non è più vivente.

Nè si dica che tale disposizione ha per scopo di con-

tinuar lo stesso domicilio nei figli minori, ed evitar così delle dannose mutazioni. — Non sempre vi sono dei figli minori, e quindi dovrebbesi già fare una eccezione pel caso di vedova senza prole, inoltre i cambiamenti di domicilio non possono avere alcuna influenza sui figli perchè essendo essi minori, non hanno l'amministrazione del loro patrimonio.

Del resto non pare che debba essere stato questo il motivo della disposizione, poichè avendo il legislatore lasciato alla vedova la facoltà di sceglierne un altro, ha dimostrato che non si preoccupava di possibili cambiamenti di domicilio nell'interno della famiglia. Pare adunque che in questa parte fosse assai più razionale il sistema del Codice Albertino. In esso non si faceva parola del domicilio della vedova e per conseguenza poteva sostenersi che sciolto il matrimonio si applicava anche alla vedova la regola generale, cioè si intendeva stabilito il domicilio di essa nel luogo dove eravi la sede principale de'suoi affari.

Se poi la dichiarazione in ordine al domicilio della vedova venne fatta dal legislatore italiano onde risolvere la questione che era possibile sotto il Codice Albertino, se cioè la vedova continuasse a ritenere il domicilio del marito, o alla morte di esso, riacquistasse il proprio; allora, duole il dirlo, ma il legislatore Italiano ha risolto la questione nel modo contrario ai princìpi di libertà, i quali come sopra fu esposto richiedono che la personalità della moglie sia rispettata ed in ogni caso quando venne menomata pel matrimonio, sia immediatamente restituita nella sua pienezza originale.

CAPO III.

Delle condizioni specialmente richieste nella donna per contrarre matrimonio. — Consenso della madre al matrimonio dei figli.

§ 1.

L'articolo 55 del Codice civile vieta di contrarre matrimonio all'uomo prima che abbia compiuto gli anni diciotto, alla donna prima che abbia compiuti gli anni quindici. E questa una vera differenza di capacità stabilita dalla nostra legge a favore della donna, la quale può trarre unicamente la sua ragione di essere da una differenza fisiologica.

Che veramente poi siavi una differenza di sviluppo fisico tra l'uomo e la donna egli è un fatto accertato da tutti i fisiologi, e confermato da tutte le legislazioni le quali sebbene in ragione dei differenti climi addottino una diversa misura, stabiliscono però sempre un'epoca diversa per l'attitudine all'unione matrimoniale secondo che si tratti di un uomo o di una donna. La medesima ragione giustifica quanto fu disposto all'art. 68 del Codice, il quale ponendo in certi casi la possibilità di una dispensa dall'impedimento per età, stabilisce pur sempre una differenza

e dispone che il re può dispensare dall'impedimento stesso ed ammettere al matrimonio l'uomo che ha compiuto gli anni quattordici e la donna che ha compiuto gli anni dodici.

Una ragione d'ordine fisico è pur quella che ha dettato l'impedimento speciale di cui all'art. 57 del Codice civile. Ivi si legge: che non può contrarre un nuovo matrimonio la donna, se non decorsi dieci mesi dallo scioglimento o dall'annullamento del matrimonio precedente, eccettuato il caso dell'art. 107, articolo il quale contempla la nullità del matrimonio per impotenza perpetua e manifesta.

La disposizione dell'art. 57 trova, non si può contestare, una ragione nella speciale condizione fisica della donna, ma siccome dà origine ad una vera incapacità di essa, è prezzo dell'opera lo scendere ad esaminare se il legislatore siasi mantenuto nei limiti della necessità imposta dalla legge fisica, oppur li abbia ecceduti.

Tanto il diritto Romano che le moderne legislazioni hanno concordemente riconosciuto la necessità di vietare che la donna contragga un nuovo matrimonio appena sciolto il primo e ciò allo scopo di evitare che vi siano delle incertezze sulla paternità dei figli che potessero nascere in seguito.

Che tale fosse lo scopo della legge Romana si deduce dall'eccezione istituita a favore della donna che avesse partorito: *Pomponius eam quae intra legitimum tempus partum ediderit putat statim posse nuptiis se collocare. Quod verum puto* (1).

La stessa eccezione è fatta in generale dalle legislazioni moderne, e si legge all'alinea del citato art. 57 del Cod. italiano. Il Codice francese invece non ha alcuna dispo-

(1) L. 11. ff. *de his qui notantur infamia.*

sizione particolare riflettente il caso in cui la vedova abbia partorito *intra legitimum tempus* e lasciò perciò luogo a discutere se cessi in tale circostanza l'impedimento.

Il Codice italiano col citato alinea dell'art. 57 toglie ogni questione dimostrando apertamente che la sola ragione dell'impedimento, si è di evitare ogni incertezza di paternità; ed ha così veramente seguìta la retta via, poichè per quanto si possa dire sconveniente l'operato della vedova che si accosta ad altro matrimonio appena sciolto il primo, un tal fatto quando non sussista più alcun pericolo di incertezza della paternità deve essere lasciato alla coscienza ed alla riservatezza naturale della donna, ma non può formar oggetto di una proibizione per parte della legge giuridica positiva.

Se non che posto in sodo che l'art. 57 del Codice italiano abbia per unico scopo di impedire la *turbatio sanguinis*, non si può negare che esso sia eccessivamente rigoroso, e vada oltre il segno che si è prefisso.

Fu osservato (1) che prendendo argomento dall'art. 160 del Codice, siccome la legge stabilisce una presunzione assoluta per cui la gestazione non può durar meno di 180 giorni nè più di 300, ne verrebbe di conseguenza che il periodo di impedimento dovrebbe cessare 120 giorni dopo sciolto il primo matrimonio, perchè dato il caso che sia contratto un nuovo matrimonio dopo una tal'epoca, o la donna partorisce prima che siano trascorsi 180 giorni, ed allora il figlio non può esser stato concepito altro che durante il primo matrimonio; o partorisce dopo che siano compiuti i 180 giorni, ed allora il figlio deve esser necessariamente concepito durante il secondo matrimonio, perchè i 180 giorni, aggiunti ai 120 anteriori, dànno appunto 300.

(1) BIANCHI, op. citata, 2, pag. 360.

A dire il vero tuttavia non pare che un tale sistema per quanto ingegnoso, possa esser accettato come razionale, e che si possa ridurre senza pericolo il periodo dell' impedimento a soli 120 giorni. Diffatti all'art. 161 del Codice è disposto, che il marito ed i suoi discendenti non possono disconoscere la paternità del figlio nato prima che siano trascorsi 180 giorni dopo il matrimonio, se il marito fosse consapevole della gravidanza della moglie, o se abbia assistito all'atto di nascita. — È questa una estensione del principio: *pater is est quem nuptiae demonstrant* poggiata sulla presunzione che il marito abbia col suo fatto riconosciuto la sua paternità.

Ora è facile osservare che posta una tale eventualità potrebbe darsi benissimo che la vedova ed il futuro secondo marito colludessero per privare della eredità paterna il figlio postumo del primo e ne trovassero facilmente il mezzo ove fosse loro concesso di contrar matrimonio solo 120 giorni dopo sciolto il primo.

Il secondo marito diffatti, ove il figlio nascesse prima che fossero compiuti i 180 giorni dopo il matrimonio, potrebbe assistendo all'atto di nascita e dicendo che era consapevole della gravidanza, lasciar credere che il figlio fu concepito per opera sua dalla vedova nei 120 giorni di impedimento, e tale sua asserzione non potrebbe venire con fondamento contradetta non essendo possibile accertare l'epoca precisa del concepimento. D'altra parte al figlio sarebbe sempre preclusa la via a far valere i suoi diritti dal disposto dell'art. 189 che vieta le indagini sulla paternità.

L'unico mezzo di togliere la possibilità di confusione e di frodi, si è di frapporre il massimo dei periodi di gestazione tra l' uno e l' altro matrimonio, e ciò venne fatto appunto dal legislatore italiano; onde il sistema da

esso adottato non si può dire quanto al termine imposto peccante per soverchia prudenza.

Dove invece pare che la legge con fondamento possa venir censurata, si è nella determinazione dei casi in cui il divieto deve cessare.

Può darsi per esempio che pur essendo costante il primo matrimonio, fosse esclusa la possibilità del concepimento. — Ciò potrebbe avvenire quando il primo marito fosse nell'impossibilità di coabitar colla moglie o per allontanamento o per altra circostanza.

La cessazione dell'impedimento in tale eventualità sarebbe tanto più ragionevole in quanto che l'art. 162 del Codice accorda al marito la facoltà di ricusare di riconoscere il figlio quantunque concepito durante il matrimonio, appunto se si verifichino le sovra accennate circostanze.

Inoltre siccome può in alcuni casi essere certa la convenienza di lasciar contrarre matrimonio anche prima dell'epoca stabilita dalla legge a fine di evitare mali maggiori, così parrebbe più consentaneo alla equità il lasciare, come per altri casi, al Re la facoltà di dispensare da tale impedimento usando in ogni caso delle precauzioni onde accertare che la donna non è in stato di gravidanza. — Tale sistema è seguito dal Codice Austriaco (§ 120) il quale in questa parte si dimostra assai più razionale del francese e dell'italiano: sebbene per avventura si possa dire meno prudente il ridurre a sei mesi la durata dell'impedimento, anche quando vi è dubbio sulla gravidanza.

Il termine di cui all'art. 57 comincia a decorrere dalla morte del marito oppure dalla sentenza definitiva di annullamento del matrimonio. Si può qui ripeter analogamente alle osservazioni fatte più sopra che ai dieci mesi dovrebbe esser tolto tutto quel tempo durante il quale il marito

fosse nella impossibilità fisica di coabitar colla moglie. — Nel caso poi di annullamento pare che si dovrebbe togliere dai dieci mesi tutto quel tempo durante il quale i conjugi fossero stati separati a norma dell' art. 115 del Codice civile, per ordine del Tribunale. — Il precetto della legge però è troppo chiaro, colla semplice interpretazione non si può limitare la durata dell' impedimento: epperciò qualunque siano le speciali circostanze in cui versi la vedova, salve le eccezioni espressamente contemplate nell'art. 57, affinchè il matrimonio sia permesso è necessario che siano trascorsi dieci interi mesi dalla morte del marito o dalla sentenza di annullamento.

Conseguenza necessaria e sanzione dell' art. 57, si è l'art. 128 del Codice civile.

In esso il legislatore infligge la pena della multa da L. 300 a 1000 all'uffiziale dello Stato Civile che abbia celebrato, alla donna ed all' altro conjuge che abbiano contratto il matrimonio contro il divieto dell'art. 57. Stabilisce inoltre che la donna decade da ogni donazione, lucro dotale e successione che provengano dal primo marito.

In tale disposizione il legislatore ha dimenticato di accennare che il secondo marito in tanto è passibile della pena che viene estesa anche a suo carico in quanto sia informato del primo matrimonio, e dell'epoca in cui fu sciolto (1).

Inoltre nel comminare la pena la legge si è dimostrata forse fin troppo severa. — Se la perdita di ogni liberalità che sia stata fatta dal primo marito alla moglie può giustificarsi quando veramente, contratto il nuovo matrimonio,

(1) Notatur etiam (infamia) qui eam duxerit sed si sciens: ignorantia enim excusatur non juris sed facti. L. II, D. de his qui not. infam.

la moglie abbia partorito prima che fossero trascorsi i 300 giorni dalla morte del primo marito, riesce poi troppo severa nel caso in cui la moglie benchè abbia contratto il nuovo matrimonio durante l'impedimento, non abbia partorito nel termine sopradetto. La vedova poteva benissimo, anche per l'assenza ed impotenza del marito, essere certa che non era gravida, e quindi non meriterebbe censura per causa delle nuove nozze, dal momento che la legge non impone più alla moglie l'obbligo di *lugere virum*, ma vieta le nozze troppo sollecite solo perchè non avvenga la *turbatio sanguinis*.

Al disposto dell'art. 57 si riferisce infine l'art. 86 il quale importa anche una modificazione nella condizione giuridica della vedova che vuol contrarre matrimonio prima che siano trascorsi i dieci mesi. L'art. 86 stabilisce che il diritto di far opposizione a tale matrimonio, spetta a *tutti i parenti del primo marito* ed anche al marito se si tratta di matrimonio precedentemente annullato.

La ragione di tale estensione del diritto di fare opposizione a tutti i parenti del primo marito, mentre negli art. 82, 83 ed 84 la legge limita il numero delle persone che possono far l'opposizione e richiede a tal uopo un certo grado di parentela, sta nell'interesse morale che tutti i parenti, di qualunque grado, hanno ad impedire che sia introdotto nella loro famiglia un figlio di cui in realtà fosse padre il nuovo marito.

§ 2.

Speciali disposizioni intorno alla capacità giuridica della donna furono pur stabilite dal Codice italiano all'art. 63.

Ivi si legge prima di tutto che non possono contrarre

matrimonio senza il consenso del padre e della madre, il figlio che non ha compiuto gli anni venticinque e la figlia che non ha compiuto gli anni ventuno.

Di questo differente trattamento per i due sessi, non si può più nel caso attuale cercare, come per l'interpretazione dell'art. 55, la ragione determinante nella legge fisiologica. La capacità fisica ed intellettuale è completa tanto nell'uomo che nella donna agli anni ventuno, la maggior età e quindi la capacità giuridica tanto dell'uomo che della donna è stabilita per gli anni ventuno; perchè dunque si è voluto in questa materia fare una eccezione in favor della figlia?

Allorquando in seno alla Commissione coordinatrice del Codice si discusse questa disposizione dell'art. 63 (1) si fece dal prof. Precerutti la proposta che fosse permesso ai figli maschi come alle femmine di contrattar liberamente matrimonio giunti che fossero all'età maggiore. La Commissione fu però di avviso di mantenere ai figli maschi la necessità del consenso fino all'età di anni 25 sulla considerazione che *sarebbe meno conveniente di andare in questa materia anche al di là del Codice francese* nel restringere la prerogativa della patria podestà, tanto più che sia nella Camera sia nel Senato si fosse specialmente invocata questa disposizione per rispondere a quelli che si lagnavano perchè si fosse troppo indebolita l'autorità paterna. — Si rifletteva inoltre non potersi in questa parte assimilare il trattamento dei maschi a quello delle femmine in quanto che in fatto di matrimonio è altrettanto propizia per queste l'età di anni 21, come lo è appena pei maschi quella d'anni 25, e del resto importa per le figlie di non perdere l'occasione che possa loro presentarsi favorevole

(1) Processi verbali, n° 6, § 5°.

per il loro collocamento, mentre non havvi inconveniente per i figli che il loro matrimonio sia ritardato sino agli anni 25.

Questi argomenti però si possono facilmente dimostrare insufficienti a giustificare il sistema che fu seguìto dal nostro Codice. Egli è troppo evidente che una istituzione non si può dire razionale solo perchè è contenuta nel Codice francese, e se valesse l'autorità in fatto di legislazione, bisognerebbe non soltanto alle disposizioni del Codice francese, ma attenersi addirittura a quelle del diritto romano. Così pure il mantener la necessità del consenso per i maschi sino ai 25 anni in nome dell'autorità paterna, e limitarla ai 21 anni per le femmine, egli è un dimezzar questa autorità senza ragione alcuna, poichè non v'è motivo ragionevole per dire che l'autorità paterna sia maggiore e più duratura sui maschi che non sulle femmine.

Quanto poi alle ragioni di convenienza, si può, prima di ogni cosa, osservare essere discutibile quale sia l'età più propizia alle unioni matrimoniali. Sono innumerevoli le circostanze che rendono più o meno conveniente un matrimonio, e non si può, *a priori*, stabilire una età fissa sia per i maschi che per le femmine. Ciò che però non è discutibile si è che, in faccia alla legge, e per tutti gli altri atti, l'età di 21 anno produce la completa capacità giuridica; che, sia per l'uomo che per la donna, il contrarre una fortunata unione matrimoniale ha uguale e massima importanza, onde la convenienza di appigliarsi alla prima occasione favorevole, si può dire tanto applicabile ai maschi che alle femmine.

Pare adunque che non si possa dir fondata la distinzione introdotta dall'art. 63 in ordine all'età dei maschi e delle femmine, e che sarebbe assai più razionale e con-

sono al sistema generale del Codice sulla capacità delle persone, modificar l'articolo stesso nel senso della proposta fatta dal professore Precerutti.

Questa però non è la sola disposizione riflettente la capacità giuridica della donna che si trovi nell'art. 63. Un'altra e ben più grave è quella che riguarda il consenso della madre al matrimonio dei figli.

La legge dispone che, allorquando è necessario il consenso dei genitori alla validità del matrimonio dei figli, se vi è dissenso tra il padre e la madre, il consenso del padre è sufficiente.

Contro una tale disposizione si è giustamente osservato che per essa viene tolta ogni importanza al consenso della madre, giacchè bastando il consenso del padre, egli è precisamente come se quello della madre non fosse richiesto.

In seno alla Commissione coordinatrice, e nella seduta del 20 aprile, il professore Precerutti proponeva che si cancellasse dall'art. 63 l'inciso che dichiarava sufficiente il consenso del padre, ed osservava che tale disposizione costituisce un vero sfregio all'autorità della madre, diminuendo l'influenza che naturalmente le spetta sui figli, e che essa deve avere eguale a quella del marito.

Si rispondeva allora essere una tale disposizione indispensabile onde evitare un pericoloso dualismo, ed a fine di impedire delle lotte che riuscirebbero alla dissoluzione della famiglia. Altri poi, a difesa del sistema del Codice, aggiunse che in realtà il consenso della madre si richiede, e solo si provvede al caso in cui i due genitori siano di contrario parere. A tutte siffatte ragioni però si può rispondere con una sola osservazione. Per tutelare l'unità della famiglia sarebbe stato miglior consiglio, ed assai più dignitoso per la madre, non richieder nemmeno il

suo consenso; piuttostochè richiederlo e non tenerne alcun conto quando non è conforme a quello del padre.

L'affetto della madre per i figli è certo uguale, se non più intenso, di quello che loro porta il padre; v'ha anzi di più nella madre un innegabile e quasi istintivo sentimento, una divinazione, per così dire, degli interessi della prole, che rende ancora più apprezzabile il suo consiglio e quindi più importante il consenso. Le questioni di interessi patrimoniali non sono quelle che più importano nel matrimonio, perchè il mutuo affetto è la base della felicità, e sulle questioni di affetto è giudice assai più giusto, appunto perchè guidata dalla sua naturale tendenza, la donna.

Ma ammettasi pure che tanto l'uno che l'altro dei genitori possa e voglia mirare alla felicità bene intesa del figlio, la sola conseguenza che si possa trarre da tale premessa si è che deve avere tanta forza il parere dell'uno quanto quello dell'altro coniuge.

Quindi sarebbe conveniente, in caso di dissenso fra i genitori, rimettere la decisione all'autorità giudiziaria, o meglio, poichè nei rapporti famigliari di tal sorta l'intervento di terze persone, e massime dell'autorità, è sempre pericoloso, e molte volte riesce ad essere un rimedio peggior del male, dichiarare che il disparere fra i genitori equivale a consenso. In tal modo si avrà una risoluzione logica e non si accorderà una preponderanza ingiusta al consenso del padre, il quale, come si è più sopra osservato, è, forse, il meno competente a giudicare.

Con tale soluzione poi si eviterebbe quel dualismo nella famiglia che si è voluto sfuggire dalla Commissione coordinatrice seguendo il sistema attuale, e che in fatto non si evitò, giacchè imponendo la volontà del padre non si elimina il parere diverso della madre, anzi si ec-

cita sempre maggiormente la suscettibilità di quest'ultima e si aumenta il disaccordo fra i coniugi.

Nè vale il dire che la dignità della madre è abbastanza tutelata coll'obligare il figlio a chiedere il suo consenso, poichè, prima di tutto, si solleva il dubbio in qual modo debba in proposito regolarsi l'uffiziale dello Stato civile. Quando amendue i genitori rifiutano il consenso, l'articolo 67 indica il modo secondo cui deve provvedersi il figlio, e l'art. 383 dispone che del provvedimento si faccia constare nell'atto di matrimonio. Ma nulla è disposto nel Codice pel caso in cui manchi il consenso della madre. Basterà quindi che il figlio dichiari che la madre non acconsente, e che siavi il consenso del padre perchè il matrimonio sia celebrato; ed in tal modo il figlio può esimersi perfino dal chiedere il consenso della madre, poichè tale consenso è riconosciuto come perfettamente inutile, e non può essere costretto a dare la prova di un dissenso che non può aver alcuna influenza ad impedire la celebrazione del matrimonio.

In secondo luogo anche ammesso poi, che l'ufficiale dello Stato civile non potesse celebrare il matrimonio senza aver la prova del dissenso della madre, tuttavia una tale disposizione non avrebbe tratto che alla forma, poichè in sostanza quello di cui la legge tien conto si è del consenso o della proibizione del padre, e la domanda di consenso della madre si riduce ad una semplice formalità.

Non si può dunque a meno che far voti affinchè anche questa disposizione del Codice venga, come l'altra, più sopra esaminata, a correggersi secondo i princìpi di libertà e di eguaglianza fra i coniugi.

CAPO IV.

Dichiarazioni generali dell'art. 131 *del Codice civile. Obbligo della coabitazione.*

La legge dopo di aver stabilito, in ordine ai diritti e doveri dei coniugi fra di loro, la regola generale comune tanto al marito che alla moglie, e che il matrimonio impone ai coniugi la obbligazione reciproca della coabitazione, della fedeltà e della assistenza (art. 130), esce all'art. 131 in questa dichiarazione: « Il marito è capo « della famiglia, la moglie segue la condizione civile di « lui, ne assume il cognome ed è obbligata ad accompa- « gnarlo dovunque egli creda di fissare la sua residenza ».

Quale fu lo scopo della legge nel far la dichiarazione che si trova in capo all'art. 131? I commentatori rispondono unanimi: quello di attribuire al marito una speciale autorità, un'azione direttrice della famiglia, di istituire cioè la così detta *autorità maritale*.

Queste stesse spiegazioni però, la stessa locuzione *autorità maritale* costituiscono per avventura la più fondata censura della dichiarazione della legge.

Non si può negare che la famiglia, come ogni altra società, deve avere un'unica direzione, che il dualismo

nella famiglia conduce direttamente allo sfacelo; che la moglie ha una speciale attitudine per l'adempimento di certi uffici necessari al buon andamento della famiglia, e che per contro altri atti sono di competenza speciale del marito; tutte queste verità però non giustificano per nulla la dichiarazione generale dell'art. 131.

Anzitutto che cosa vuol dire *capo della famiglia?* Non si vorrà certo fare del marito un despota che governi a suo buono o mal talento l'andamento di tutto quanto si riferisce alla famiglia. Non si vorrà certamente sostenere che tutti gli uffici, tutte le esigenze della vita famigliare debbano essere necessariamente regolate dal marito, comprese anche certe speciali competenze di domestica economia che dipendono direttamente e naturalmente dalla moglie.

Bisognerà dunque che il legislatore stabilisca in quali atti deve spiegarsi l'autorità del marito e ne ponga con gran cura i limiti, rispettando ad un tempo e il principio di unità della famiglia e l'uguaglianza dei coniugi.

Ora quando il legislatore non fa che dichiarare il marito capo della famiglia, senza stabilire alcun limite: pronunzia una massima generale, la quale o vuole intendersi come imperativa, ed allora è troppo ampia e sconfinata, o si intende solamente in correlazione coi diritti di autorità maritale che sono in seguito dichiarati spettanti al marito, ed allora è perfettamente inutile.

Pare adunque che la dichiarazione posta in capo all'articolo 131, e che venne introdotta nel nostro Codice ad imitazione dell'articolo 91 del Codice austriaco e dell'articolo 160 del Codice olandese, non sia opportuna, e si possa in ogni caso considerare come troppo dottrinale e generica, e così mancante di quello scopo pratico e positivo che deve avere una disposizione di legge.

Un'altra dichiarazione generica trovasi nell'articolo 131, ove si legge che *la moglie segue la condizione civile del marito.*

Analoga dichiarazione si trova nell'articolo 92 del Codice austriaco, il quale stabilisce che la moglie *gode dei diritti della condizione del marito.* Come si scorge però la disposizione del Codice italiano è ancora più ampia e meno precisa di quella corrispondente della legge austriaca. Per giudicare della convenienza di tale dichiarazione, è necessario intendersi sull'estensione che essa può avere.

Seguire la condizione, non vuol dire certamente partecipare alle modalità strettamente personali della condizione del marito, come sarebbero le qualità che il marito avesse acquistate co' suoi meriti particolari. Un impiego, un grado non si trasmettono sotto verun aspetto alla moglie.

Neppure si deve intendere per condizione civile la qualità dipendente dalla professione che esercita il marito, perchè tale qualità è frutto soltanto della capacità del marito, e non può essere comunicata. Così la moglie del commerciante o del coltivatore non è per questa sola ragione commerciante o coltivatrice essa pure.

Non si deve neppur intendere per condizione civile quella certa *posizione sociale* che è propria del marito, e che risulta dalla considerazione che ha la società verso di lui in vista delle sue ricchezze, del suo ingegno e della sua onestà. Tale *posizione sociale* non è cosa soggettivamente propria del marito, è invece un'opinione che hanno gli altri sul conto di lui, ma appunto per ciò la legge non può imporre agli altri di estendere alla moglie la considerazione che hanno pel marito. In una parola, la *condizione civile,* sotto qualunque aspetto venga considerata, è qualcosa di individuale che dipende unica-

mente dalle qualità e dai meriti di chi ne è al possesso. È certo che il matrimonio molte volte ha per effetto di mandare sulla moglie un riflesso dei meriti particolari del marito, ma ciò non toglie che se la moglie, o per demeriti proprii o per altre circostanze, non ne goda, la legge non possa nulla operare al riguardo, e malgrado la dichiarazione dell'articolo 131, il marito possa godere la più invidiata posizione sociale senza che la moglie sia ammessa a parteciparne i vantaggi.

Pare adunque si possa con fondamento sostenere che le due dichiarazioni generali scritte in principio dell'articolo 131, se sotto un certo aspetto ed entro certi limiti contengono ed esprimono un principio giusto ed un fatto conforme a verità, si trovano però assolutamente fuor di luogo come disposizioni di legge, e perciò sarebbe desiderabile che scomparissero dal nostro Codice, e si ritornasse così alla redazione del Codice Albertino, che forse in questa parte fu indebitamente modificato. Nè a giustificare in ispecial modo la dichiarazione che la moglie deve seguire la condizione civile del marito basterebbe l'osservazione che fu da taluno fatta, essere cioè applicabile nella trasmissione dei titoli nobiliari che vien fatta dal marito alla moglie. Il titolo di nobiltà non costituisce più sotto l'attuale legislazione una *condizione giuridica* differente a chi ne è investito, e la frase *condizione civile* scritta in un Codice non può riferirsi ad altro fuorchè ad effetti giuridici. Neppure poi si potrebbe giustificare adducendo a spiegazione che seguire la condizione civile significa acquistare la *cittadinanza* ed il *domicilio del marito,* poichè tali effetti del matrimonio essendo stabiliti e regolati in altre disposizioni del Codice, non si può supporrè che il legislatore abbia voluto ripetersi comprendendoli in una nuova espressione generale, la quale ren-

derebbe oscuro ed indeterminato ciò che prima era chiaramente ed in modo preciso disposto.

—

La moglie assume il cognome del marito (art. 131).

L'ordinamento attuale della famiglia importa che la moglie assuma il nome del marito, o piuttosto che la famiglia abbia un nome comune a tutti i membri di essa, compresa la moglie. I figli, naturalmente, assumono il nome dei genitori, e siccome sarebbe fonte di confusione se portassero due nomi, e quindi si moltiplicassero i nomi delle persone in ragione geometrica, così si può spiegare la ragione per cui il nome solo del padre sia trasmesso ai figli.

È però da notare, che la moglie, assumendo il cognome del marito, non perde il proprio.

—

Colle osservazioni esposte sin qui si è messa in rilievo la poca convenienza delle dichiarazioni generali contenute nell'articolo 131 del Codice civile, quantunque, a vero dire, tali dichiarazioni non abbiano influenza fuorchè in via indiretta sulla condizione giuridica della donna.

Vera e diretta influenza sulla condizione giuridica della donna ha l'ultima parte dell'articolo 131, in cui è dichiarato che la moglie è obbligata ad accompagnare il marito dovunque egli creda di fissare la sua residenza.

Una delle più belle disposizioni del Codice è certamente quella contenuta nell'articolo 130. Il matrimonio, secondo tale disposizione di legge, *impone* ai coniugi la obbligazione *reciproca* della coabitazione, della fedeltà e dell'assistenza. La dizione di quest'articolo, quantunque in sostanza eguale, venne naturalmente migliorata di forma in confronto di quella corrispondente del Codice francese e dei Codici anteriormente vigenti in Italia, venne anzi

aggiunto l'obbligo della *coabitazione,* di cui non si trova parola nelle altre legislazioni.

Essenzialmente però il pregio dell'articolo 130 consiste nella reciprocità degli obblighi tra marito e moglie, reciprocità che è conforme a quel principio di uguaglianza tra i coniugi che deve essere scopo delle disposizioni legislative nella materia riflettente il matrimonio.

Tuttavia, duole il dirlo, ma tutto, od almeno la più gran parte del cammino fatto dal legislatore sulla via del progresso colla disposizione dell'articolo 130 conforme ai princìpi razionali di diritto, venne rifatto in senso contrario colle disposizioni degli articoli 131 e 132.

Cominciamo ad esaminarne la forma.

La moglie (art. 131) *ha l'obbligo* di seguire il marito dovunque egli fissi la sua residenza. Il marito invece (articolo 132) *ha il dovere* di tener la moglie presso di sè.

Obbligo è parola che accenna ad una coazione giuridica; delle obbligazioni e dei loro effetti tratta la legge positiva: chi non eseguisce un'obbligazione o non l'adempie esattamente, è tenuto al risarcimento dei danni (articolo 1218 Cod. civ.).

Dovere invece è parola che ha tratto unicamente all'ordine morale. Ma la legge morale non ha che una sanzione morale, sanzione che è sicuramente altrettanto certa, ed in molti casi più rigorosa della sanzione giuridica, ma che in generale, bisogna pur confessarlo a disdoro dell'umana natura, è sempre meno efficace della stessa. Si può forse osservare con qualche fondamento (quantunque l'interprete debba andare molto a rilento nello ammettere siffatte spiegazioni) essere stato il legislatore piuttosto trascurato nel suo linguaggio, e la parola *dovere,* intendersi nel caso presente come avente conseguenze e coercizioni giuridiche, giacchè si riferisce anche alla somministrazione

del necessario, e non si può credere che a questo riguardo la legge siasi limitata ad un consiglio od alla semplice riproduzione di un precetto morale.

Ad ogni modo però la differenza nelle parole, la stessa trascuratezza, se trascuratezza vi fu, nello sceglierle per parte del legislatore, non è lodevole, e dimostra che il concetto dell'uguaglianza fra i coniugi non è quello che in realtà sia stato preso per base dal legislatore nel dettare le disposizioni che cadono in esame.

Che in tal modo stiano le cose si paleserà ancor meglio prendendo ad esaminare la sostanza delle disposizioni sovra citate.

Il marito in base alla disposizione letterale dell'art. 131 ha l'arbitrio il più sconfinato di fissare in qualunque luogo egli creda opportuno la sua residenza, ed in qualunque luogo la moglie è obbligata a seguirlo. L'unica restrizione all'arbitrio del marito consiste nell'obbligo di *fissare* la residenza, e quindi se egli volesse continuamente mutarla e condurre una vita nomade, la moglie avrebbe diritto di opporsi e sarebbe sciolta dall'obbligo di seguirlo. — Pure vi sono ben altri casi in cui il marito potrebbe, fissando la sua residenza in un luogo meno conveniente, recare un gran danno alla moglie ed alla famiglia. Di tali casi la legge non fa parola, e soltanto indirettamente da altre disposizioni si può argomentare che cessi l'obbligo della coabitazione, od almeno cessi la sanzione imposta a tale obbligo, quando i casi stessi vengano a verificarsi.

L'art. 133 dispone che il marito può ricusare di somministrare gli alimenti alla moglie, quando questa si allontani *senza giusta causa* dal domicilio coniugale (1).

---

(1) Notisi di passaggio la improprietà dell'espressione. *Il domicilio coniugale*, come si è più sopra spiegato (pag. 28), non si può abbandonare dalla moglie, ancorchè lo volesse. Essa può bensì abbandonare la *residenza coniugale*.

L'art. 152 dispone che la moglie può chiedere la separazione quando il marito avendone i mezzi ricusi di fissare la residenza in modo conveniente alla sua condizione.

In base a queste disposizioni la dottrina e la giurisprudenza hanno fondato un sistema. — Si insegna cioè che nella moglie cessa l'obbligo di seguir il marito se ha una giusta causa per non coabitare; e così quando per esempio il marito volesse fissar la sua residenza in luogo insalubre, od in luogo dove avesse a soffrirne la moralità della famiglia, si riconosce nella moglie il diritto di non seguire il marito.

Se non che quantunque l'intento della dottrina e della giurisprudenza sia lodevolissimo, e diretto a supplire ad una lacuna, o meglio a correggere una ingiustizia della legge, l'interpretazione che vien data alle disposizioni sovra citate non. è per nulla conforme alle regole di ermeneutica.

La legge è ben lontana dall'autorizzare la moglie a non seguire il marito, la legge dà alla moglie il diritto agli alimenti quantunque non coabiti, purchè con giusta causa; accorda alla moglie il diritto di chiedere la separazione personale nel caso contemplato dall'art. 152; ma intanto l'obbligo della coabitazione continua, poichè nessuna disposizione di legge ne esime la moglie.

La interpretazione adunque falsa il concetto della legge, in senso favorevole all'equità è vero, ma pure lo falsa; e per evitare un tale inconveniente e soddisfare ad un tempo i principii di giustizia sarebbe necessario che una speciale disposizione fosse aggiunta alle attuali la quale determinasse i casi in cui potesse cessare nella moglie l'obbligo della coabitazione.

Fra le questioni che si riferiscono all'obbligo della coabitazione per parte della moglie è nota quella se possa

dirsi causa sufficiente per giustificar la moglie che ricusa di seguire il marito, il trasporto di residenza che quest'ultimo faccia all'estero.

Forse a primo aspetto la locuzione usata dal legislatore nell'art. 131: *ovunque il marito creda opportuno di fissare la residenza,* parrebbe comprendere anche il caso in cui la residenza sia trasferta all'estero.

Se si riflette però che l'abbandono del paese nativo, massime quando è fatto coll' intenzione di non più farvi ritorno, è un fatto gravissimo che può avere delle conseguenze morali ed economiche irreparabili; che questa è tale eventualità a cui nella maggior parte dei casi non si rivolge il pensiero allorquando si contrae matrimonio, pare assai più ragionevole il conchiudere che la moglie non abbia l'obbligo di seguire il marito all'estero, od almeno convenga distinguere tra caso e caso, lasciando al prudente arbitrio del giudice lo stabilire se debba o non mantenersi l'obbligo della coabitazione, o meglio se malgrado il rifiuto della moglie di andar all'estero col marito, questi sia obbligato a somministrarle gli alimenti.

Mentre la moglie ha l'*obbligo* di seguire il marito, il marito non ha che il *dovere* di tener la moglie presso di sè.

La moglie dunque non ha altro diritto (posto sempre, che la parola *dovere* sia stata dal legislatore adoperata nell'art. 132 in senso giuridico) fuori che quello di esigere dal marito che la riceva in casa sua e la tenga con esso lui. — Qualunque sia il luogo in cui il marito voglia risiedere, qualunque sia lo sfregio che egli faccia alla moglie nella casa coniugale, la moglie non ha diritto di pretendere dal marito che egli prenda una residenza più conveniente, che egli cessi dalle ingiurie; l'unico mezzo di cui può valersi si è la domanda di separazione ed anzi fino a che sia pronunciata la sentenza definitiva di separazione, continua l'obbligo suo di coabitare col marito.

Veramente non pare che l'uguaglianza dei coniugi possa dirsi in tal modo efficacemente tutelata, ed anzi nell'interesse stesso del marito e della famiglia sarebbe stato utile accordare alla moglie un mezzo onde potere indurre il marito a miglior consiglio prima di intentare il giudizio di separazione.

Se non che v'ha di più: l'ineguaglianza fra la condizione giuridica del marito e quella della moglie in ordine ai doveri reciproci dei coniugi, si palesa maggiormente scendendo ad esaminare quali siano le sanzioni che il legislatore pose all'obbligo della coabitazione.

Il marito per costringere la moglie a restare nella casa coniugale, può rifiutare di somministrarle gli alimenti, in base alla disposizione dell'art. 133. In secondo luogo può chiedere all'autorità giudiziaria che venga ordinato il sequestro di parte delle rendite parafernali della moglie (art. 133, alinea).

Sia dunque o non possidente la moglie, il marito ha sempre dalla legge un mezzo per costringerla a ritornare al tetto coniugale e, notisi, senza ricorrere menomamente all'azione di separazione.

Invece la moglie quando il marito ricusi di tenerla con sè, non ha dalla legge nessun mezzo per costringerlo, nessuna sanzione è quindi stabilita al precetto della legge.

È questa una gravissima disuguaglianza tra la condizione giuridica della moglie e quella del marito, disuguaglianza che non può giustificarsi massime di fronte alla disposizione dell'art. 130 il quale impone la coabitazione come obbligo reciproco.

Questa ingiustificabile differenza fu rilevata in occasione delle discussioni della Commissione coordinatrice (1).

---

(1) Proc. verbali n° 9, § X, seduta 24 aprile.

In difesa della legge quale ora è scritta si osservò « non « essere necessario di provvedere in proposito per questo « caso sufficientemente regolato dai principii generali « secondo i quali chi avendo un' obbligazione non l'a- « dempie, dee sottostare ai *danni ed interessi*, i quali « danni nel caso di cui si tratta, si convertirebbero senza « dubbio nella esenzione intanto della moglie dall'obbligo « degli alimenti verso il marito che l'abbandona, salve le « maggiori sue ragioni » (1).

Se non che con tutto il rispetto dovuto al consesso che si acquietò alle sovra riferite ragioni esposte dal commissario Cadorna, non pare che esse siano perentorie, e sovra tutto che contengano una giusta applicazione dei princìpi di diritto.

Che colui il quale non adempie ad una obbligazione sia tenuto al risarcimento è certissimo: ma prima di tutto quale sarà il criterio per misurare i danni dovuti alla moglie? Certamente bisognerà tener calcolo delle spese necessarie alla moglie per i bisogni della vita secondo le sostanze e la condizione del marito. Non può supporsi che alcun tribunale sappia o possa, facendo una retta applicazione della legge, valutare in una somma di danaro le gioie della famiglia e le soddisfazioni della vita coniugale. — In fatto adunque il risarcimento si ridurrà all'obbligo del marito di corrispondere alla moglie la somma di danaro necessaria per i bisogni della vita, in una parola sarà lo stesso obbligo che l'art. 132 impone durante la coabitazione. — In realtà dunque per il marito l'obbligo di tenere la moglie presso di sè rimarrà senza sanzione, poichè non potrà in ogni caso essere te-

(1) Proc. verbali n°10, § V, seduta 25 aprile.

nuto ad obbligazioni più gravi di quelle che gli incombono allorchè coabita colla moglie.

Il dire poi che il risarcimento spettante alla moglie si convertirebbe intanto nell'esenzione della moglie dall'obbligo di prestare gli alimenti al marito che l'abbandona, è un affermare cosa meno esatta. Chi ha un'obbligazione non può esimersi dall'adempierla col pretesto che il creditore ha alla sua volta altre obbligazioni verso il primo debitore e non le adempie. È necessario che le due obbligazioni siano, o col mezzo di un giudizio, od in altro modo, ridotte in due somme egualmente liquide ed esigibili, ed allora le due somme possono compensarsi senz'altro, ma fino a tal punto le due obbligazioni primitive esistono in tutta la loro forza e devono essere adempiute.

Pare adunque che la spiegazione che si legge nei verbali della Commissione coordinatrice non sia sufficiente, perchè con essa non si arriva a dare una vera sanzione all'obbligo della coabitazione imposto al marito.

Dato poi che il diritto al risarcimento potesse pur considerarsi come una sanzione, la condizione della donna sarebbe sempre inferiore a quella del marito, poichè mentre questi può col semplice suo fatto o tutto al più con un semplicissimo provvedimento approfittare della sanzione stabilita dall'art. 133, la moglie dovrebbe sempre ricorrere ad un giudizio, promuovendo un'azione di danni ed aspettando che il giudizio, pur troppo già lungo e che con arte e malizia il marito può prolungare, termini con una sentenza.

Giova poi ancora notare che non si può considerare come sanzione all'obbligo del marito di coabitare l'art. 150 il quale dà facoltà al coniuge di chiedere la separazione per causa di volontario abbandono dell'altro coniuge.

Prima di tutto, questo rimedio è accordato anche al marito, e quindi non si può dire speciale in favore della moglie; in secondo luogo poi, la domanda di separazione non ha per scopo di costringere alla coabitazione, ma distrugge la coabitazione stessa, e riesce molte volte rimedio peggior del male, poichè uno screzio passeggiero fra i coniugi può in tal modo diventare serio e durevole, ed anzi produrre il completo sfacelo della società coniugale.

La legge dunque pecca contro i princìpi giuridici più inconcussi perchè procede con diversa misura per una stessa obbligazione che dovrebbe incombere ugualmente ad ambedue i coniugi ed avere una identica sanzione.

Più irrazionale ancora sarebbe poi il sistema della legge allorquando si dovesse seguire l'opinione di quegli interpreti i quali nel concedere i mezzi di coercizione al marito, non si arrestano a quelli finora esaminati, e guidati forse dalle reminiscenze di anteriori legislazioni, insegnano che tali mezzi non sono *tassativamente* indicati nell'art. 133, ed altri ancora possono essere dall'autorità giudiziaria accordati, fra cui l'uso della forza pubblica per ricondurre la moglie al tetto coniugale. Tale interpretazione però è assolutamente contraria al concetto della nostra legge, come è contraria ai princìpi razionali del diritto.

Coloro i quali vorrebbero ammesso l'uso della forza osservano che le anteriori legislazioni, ad imitazione della francese, non avevano la disposizione corrispondente all'art. 133 del Codice italiano. Sotto l'impero di quelle leggi si disputava quali mezzi fossero in potere del marito per costringere la moglie alla coabitazione. Si discuteva se il marito potesse negare di corrispondere gli alimenti, se potesse ottenere il sequestro dei beni parafernali della moglie. Sugli alimenti discutevasi ancora se il marito potesse

senz'altro rifiutarne la prestazione, od avesse bisogno di un provvedimento dell'autorità giudiziaria; sul sequestro, se potesse essere di tutta o di parte soltanto della sostanza della moglie. Il legislatore italiano, dicono sempre i citati interpreti, coll'art. 133 ha voluto risolvere tutte queste controversie. Ha stabilito che possa senz'altro cessare dal corrispondere gli alimenti, che il sequestro possa essere di parte soltanto delle *rendite* della moglie, e che queste dovessero andare anche a profitto della prole. Risolvendo però questi punti di controversia, non ha menomamente pregiudicato la questione dell'uso possibile di altri mezzi coercitivi, ha lasciato le cose quali erano anteriormente alla pubblicazione del Codice italiano; e siccome allora, per consenso unanime della giurisprudenza, il marito aveva anche altri mezzi coercitivi, e fra altri la facoltà di ricondurre la moglie *manu militari*, questa facoltà si deve dire tuttavia esistente nel marito (1).

A questo ragionamento è però assai facile il rispondere. Prima dell'attuazione del Codice italiano si disputava non solo sulla possibilità del sequestro e sulla negazione degli alimenti, ma altresì sulla facoltà di adoperare la forza onde costringere la moglie a ritornare alla casa coniugale. Si diceva allora, in favore dell'uso della forza, che i pronunciati dei tribunali devono eseguirsi anche *manu militari*; e che restando essi lettera morta, si diminuiva il prestigio dell'autorità.

Si rispondeva per contro che la forza è un rimedio ingiusto in teoria e praticamente dannoso. La giurisprudenza ebbe giudicati nell'uno e nell'altro senso, ma in-

---

(1) Pacifici Mazzoni, *Istit.*, lib. 1, 356.
Bianchi, op. citata, 2, p. 557.
Cattaneo e Borda, *Annotazione al Codice civile italiano*, art. 133.

tanto, sebbene la massima che autorizza l'uso della forza venisse discussa in dottrina, la giurisprudenza finì per acquietarsi nell'ammettere la esecuzione *manu militari*, e la ragione che fece, si può dire esclusivamente, pendere in tal senso la risoluzione della questione si fu che, non avendo il legislatore stabilita alcuna sanzione speciale all'obbligo della moglie di seguire il marito, dovevasi interpretare che si era riferito alle regole generali, e quindi si potesse adoperare la forza.

Egli è di fronte ad una tale giurisprudenza stabilita sotto la legislazione albertina che fu introdotta nel Codice italiano la disposizione dell'articolo 133. Il dire quindi che siffatto articolo ha avuto per solo scopo di risolvere le questioni che si facevano sugli alimenti e sul sequestro è un errore. Il legislatore ha fatto di più: ha stabilito una speciale sanzione ad un'obbligazione che non aveva che la sanzione generale di tutte le altre; l'ha stabilita sapendo che con tale disposizione avrebbe distrutto il più forte, anzi l'unico argomento della giurisprudenza allora prevalente. Bisogna dunque conchiudere che ha voluto egli stesso stabilire e delimitare i mezzi coercitivi, e per conseguenza escludere gli altri, fra cui l'uso della forza.

Non occorrono del resto molti argomenti per provare che il ricorso alla forza è un rimedio inopportuno e pericolosissimo. La tranquillità e l'ordine della famiglia, invece di essere avvantaggiati, riportano uno scapito immenso.

La madre, ricondotta dalla forza pubblica alla casa coniugale, perde ogni autorità sulla prole. Quando la sua assenza non fosse che il frutto di un passeggiero capriccio, l'uso della forza può peggiorare la condizione, cambiando in vero odio la momentanea avversione contro

il marito; la posizione sociale della moglie non può essere che deteriorata a scapito di quella stessa del marito; infine si rendono pubblici dei dissapori che dovrebbero rimanere fra le mura della casa. Da tale provvedimento tutti e sempre ricavano danno, e mai, o quasi mai, potrà venirne alcun vantaggio (1).

Bastano adunque questi soli argomenti, anche senza la evidente tassatività dell'articolo 133, per dimostrare che l'uso della forza nei rapporti famigliari, e specialmente allo scopo di costringere la moglie alla coabitazione col marito, non può nè razionalmente, nè in base alla legislazione italiana intendersi ammesso.

—

L'articolo 132 del Codice italiano impone al marito il dovere di proteggere la moglie.

Sia però che si voglia intendere la protezione nel senso fisico e materiale, sia che si voglia estendere all'ordine morale, non pare che possa dirsi conveniente in un Codice una siffatta dichiarazione.

La protezione dal punto di vista materiale è cosa che non si può comandare, poichè la possibilità o meno che abbia il marito di praticarla dipende da imprevedibili circostanze.

Nell'ordine morale poi, come nel materiale, la protezione è un dovere del marito, ma non può diventare una obbligazione giuridica. Notisi ancora che il Codice, sebbene imponga la protezione al marito, non dà alcuna sanzione a quest'obbligo.

---

(1) Delvincourt, *Cours de droit*, t. I, pag. 399.
Duranton, *Cours de droit*, t. I, pag. 336.
Buniva, *Delle persone*, vol. I, pag. 248.
Borsari, *Commento del Codice civile*, art. 133.
Saredo, *Trattato di diritto civile*, pag. 515.

Adunque non si sa in che cosa debba consistere questa protezione; dato pure che si potesse determinare, l'obbligo non avrebbe sanzione contro il marito che lo trasgredisca; è forza quindi ritenere che tale disposizione, al pari delle dichiarazioni generali contenute nell'articolo 131 e già esaminate, avrebbe potuto senza inconvenienti, ed anche in omaggio ai princìpi giuridici, essere ommessa nella compilazione del Codice.

Un altro obbligo che impone ai coniugi il matrimonio, si è quello di provvedere reciprocamente ai bisogni della vita.

Anche a questo riguardo però il Codice non usa la medesima locuzione rispetto al marito ed alla moglie. Il marito (art. 132) deve somministrare alla moglie *tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita in proporzione delle sue sostanze*, la moglie invece *deve contribuire al mantenimento del marito, se questi non ha mezzi sufficienti.*

È dunque a ritenere prima di tutto che il marito, qualunque sia la fortuna parafernale della moglie, deve somministrarle quanto le abbisogna; la moglie invece deve gli alimenti al marito soltanto quando questi non ha mezzi sufficienti.

V'ha poi ancora un'altra differenza. L'obbligo del marito si estende a tutto quanto è necessario ai bisogni della moglie, l'obbligo della moglie invece al solo mantenimento.

Questa diversità di locuzione in una medesima disposizione deve necessariamente interpretarsi come indizio di differenza nella condizione giuridica, non potendosi ragionevolmente supporre che il legislatore abbia ad una così breve distanza usato due locuzioni così profondamente diverse l'una dall'altra per significare la stessa cosa. E poichè la differenza di dizione deve significare una qualche

differenza di sostanza, stando al significato volgare dei vocaboli la locuzione usata per l'obbligo del marito è assai più ampia e quindi più onerosa che non quella del semplice mantenimento imposto alla moglie.

Ciò posto, nello stesso modo che sin qui si sono per la maggior parte censurate le disposizioni prese in esame, come quelle che costituiscono una deteriorazione della condizione giuridica della donna rimpetto a quella dell'uomo, non si può a meno che giudicare per la ragione opposta censurabile la disposizione dell'articolo 132 in quanto pone un carico maggiore al marito di quello che reciprocamente abbia imposto alla moglie.

Può darsi che la moglie abbia molti beni parafernali e che la sua condizione economica sia assai migliore che non quella del marito. Per qual ragione adunque vorrassi imporre al marito l'obbligo di provvedere, egli meno agiato, alla moglie ricca ciò che occorre a quest'ultima per i bisogni della vita?

Non sarebbe forse più conveniente che si lasciasse a ciascuno la cura di provvedere a sè colle proprie sostanze, salvo a chi non ne avesse a sufficienza il diritto di chiedere al coniuge più ricco di venire in suo aiuto?

Oppure non sarebbe egli più logico, nello stesso modo che ciascuno dei coniugi è obbligato pel mantenimento dei figli in proporzione delle sue sostanze, stabilire che, nella spesa riconosciuta necessaria per i bisogni della società coniugale, i due coniugi devano concorrere in proporzione delle loro sostanze?

Per tal modo si avvicinerebbero sempre più i coniugi a quello stato di uguaglianza da cui soltanto può nascere la vera comunione di interessi morali e materiali, comunione che è indispensabile per la felicità dei coniugi e per la prosperità della famiglia.

CAPO V.

Dell'autorizzazione maritale e giudiziale.

Sezione Prima.

Autorizzazione maritale.

§ 1.

Idee generali.

L'istituzione che in tutta la legislazione italiana appare forse maggiormente lesiva della capacità e della libertà della donna, non che del principio di uguaglianza dei coniugi, è quella cui si riferiscono gli articoli 134, 135, 136, 137 del Codice civile.

In forza delle indicate disposizioni di legge, la donna maritata si trova priva della libera disponibilità dei suoi beni immobili, e deve, per contrattare, ricorrere in certi casi e con determinate condizioni all'autorizzazione del marito o del Tribunale.

Per riconoscere se un tale istituto, il quale non occorre provarlo, costituisce una quasi assoluta restrizione della capacità giuridica della donna, sia razionale, è necessario prima di tutto ricercare quale ne sia il fondamento giu-

ridico, e quali possano essere le ragioni di convenienza che hanno indotto ad accoglierlo nella legislazione italiana.

Per giustificare l'autorizzazione maritale non si può certamente ricorrere ad una ragione naturale di incapacità della donna a compiere certi atti.

Per buona ventura egli è allo stato attuale della scienza perfettamente inutile il dimostrare la eguaglianza morale ed intellettuale dell'uomo e della donna.

Si potrà forse con frutto sostenere che la intelligenza della donna abbia attitudine a spiegarsi in un campo diverso da quello in cui si esplica quella dell'uomo, ma che la donna sia destituita di quella intelligenza che è necessaria a comprendere i suoi diritti ed interessi ed a farli valere, non si può in una seria discussione sostenere.

Nè varrebbe poi l'osservare che se la donna in potenza non manca della capacità intellettuale, ne manchi in fatto, perchè, a causa della preponderanza conservata dall'uomo sopra di essa, non ha potuto fino ad ora esercitare le sue facoltà naturali.

È inesatto che la donna nello stato in cui attualmente si trova manchi della intelligenza necessaria a far valere i suoi diritti, ma fosse pur vero ciò, ne conseguirebbe la morale necessità di accordarle i diritti stessi, affinchè coll'esercizio di essi possa raggiungere quel grado di intelligenza e coltura che le venne naturalmente assegnato.

La dottrina del resto e la giurisprudenza sono concordi nell'ammettere che l'autorizzazione maritale non venne istituita *propter imbecillitatem* della donna, e che veramente ciò sia, si deduce altresì dalla osservazione che alle donne nubili maggiori d'età, o vedove, si lascia la più ampia facoltà di disporre dei loro beni a qualunque titolo senza necessità di autorizzazione di sorta. Data per

sussistente la naturale incapacità, anche le nubili e vedove dovrebbero dal legislatore essere sottoposte a questa specie di tutela, che è l'autorizzazione.

Il fondamento dell'autorizzazione non può in secondo luogo essere posto, come accenna il suono stesso della parola, nel principio di autorità del marito sopra la moglie, nè può considerarsi la necessità dell'autorizzazione come una specie di riconoscimento che fa la moglie delle prerogative del marito, un atto di ossequio al capo della famiglia (1).

Si è già più sopra spiegato che se può giustificarsi come talora e specialmente nel campo morale, si lasci al marito la direzione della famiglia, con ciò non ne debba seguire che al marito sia per regola generale accordata una autorità sulla moglie. Il fondamento della società coniugale, come quello di qualunque altra società, deve essere l'uguaglianza. Uguaglianza relativa, se si vuole, corrispondente alla natura degli elementi componenti la società stessa, ma pur sempre eguaglianza, e quindi non mai preponderanza assoluta e sistematica di un membro della società sull'altro.

L'autorizzazione maritale poi non può considerarsi come un puro atto di ossequio della moglie verso il marito, poichè nel sistema del Codice, sistema conforme a quello delle altre legislazioni che richiedono l'autorizzazione, sonvi dei casi in cui viene sostituita all'autorizzazione maritale l'autorizzazione giudiziale; ed anche dei casi in cui la moglie è ammessa a ricorrere innanzi all'autorità giudiziaria contro il rifiuto del marito.

Se adunque non vi fossero altri argomenti a sostegno dell'autorizzazione maritale, essa non avrebbe ragione

(1) Merlin, *Répertoire*, v. *Puissance maritale*, § 4°. - Toullier, T. II, n° 615. - Delvincourt, T. I, p. 75, n° 11.

alcuna di esistere, se non che i propugnatori di essa cercarono di appoggiarla sopra una base apparentemente più solida ed insegnarono che l'autorizzazione maritale è richiesta non per causa di una incapacità intellettuale della moglie, non come atto di ossequio al marito, ma bensì per l'interesse, l'ordine, l'armonia, la conservazione insomma morale ed economica della famiglia.

« Il marito, si osserva, come capo della famiglia, deve « avere nelle mani un mezzo pronto onde impedire che « la moglie addivenga con soverchia leggerezza a con- « trattazioni che compromettano le sue sostanze, e così « rechino danno, non a lei soltanto, ma all'intiera fa- « miglia ». Non si possono considerare come incolumi gli interessi famigliari, se la donna può, ad esempio, alienare liberamente i suoi fondi, o gravarli d'ipoteche; l'unico scopo che devono avere gli atti di una donna maritata, si è il bene della famiglia e tutto quanto essa possiede deve a pro della famiglia stessa essere destinato.

D'altra parte si osserva ancora che l'interesse della famiglia esige l'unità del regime di essa, che a tale unità è necessario un capo unico, che tale capo deve essere il marito, e sarebbe illogico che senza l'assenso di esso si potesse disporre dei beni che sono destinati ad assicurare il benessere materiale della famiglia. Si aggiunge inoltre che tale autorizzazione assicura anche l'unità morale della famiglia, togliendo l'occasione di molte discordie: che infine l'istituto dell'autorizzazione maritale adottato da quasi tutte le moderne legislazioni, in vigore prima dell'unificazione legislativa in tutta Italia, meno che nelle provincie Lombardo-Venete, trova una ragione di opportunità nelle tradizioni giuridiche delle nazioni latine (1).

---

(1) GABBA, C. F., *Studi di legislazione comparata,* fasc. I, pag. 90.

Questi ragionamenti però, per quanto siano speciosi, non reggono di fronte ad un esame imparziale.

Anzitutto può facilmente osservarsi che, sebbene si debba ritenere utilissima una facoltà accordata al marito di usar certi mezzi onde impedire la rovina della famiglia, non si può ammettere *a priori* che un tale diritto debba e possa spettare unicamente al marito, e che a lui solo spetti di provvedere all'interesse della famiglia. La moglie è egualmente interessata come il marito, e perciò dovrebbe essa pure avere il mezzo di opporsi alla rovina economica della famiglia alloraquando è causata dal marito. Adunque la prima osservazione fatta in favore dell'autorizzazione maritale prova troppo.

Il dire poi che non si possono considerare incolumi gl'interessi della famiglia se la moglie ha la libera disponibilità de' suoi beni, è un'asserzione ingiustificata che si palesa di per sè stessa assurda, perchè ricade nel sistema della incapacità intellettuale della moglie, sistema che è riconosciuto falso dagli stessi avversari.

La disponibilità dei beni non può essere considerata come un danno per sè stessa. La riscossione di un capitale, l'alienazione di uno stabile possono essere atti di sapiente provvidenza nel governo di una sostanza, ed anzi può essere atto di cattiva amministrazione il non addivenire, quando se ne presenti l'opportunità, agli atti stessi.

Se adunque gli atti sovra enunciati non possono per loro natura considerarsi come dannosi, bisognerà concludere che devono diventare dannosi quando siano operati da una donna maritata? Questo danno prodotto dall'operato della donna non si può dunque altrimenti spiegare fuorchè partendo dal principio che essa non sia giudice competente dell'utilità o meno di addivenire agli atti in

questione. Ciò non può avvenire che per incapacità intellettuale, e quindi, posto che una tale incapacità non esista di fatto, bisogna necessariamente ritenere che è privo di fondamento anche il secondo argomento in favore dell'autorizzazione.

Poche osservazioni bastano a dimostrare la insussistenza del terzo.

Che la famiglia debba essere unita non v'è chi possa negarlo, ma unità non vuol dire confusione delle personalità, e tanto meno arbitrio di una parte sull'altra.

Per restare nei limiti dell'unità bisognerà dunque che l'azione direttiva ed unica del marito si spieghi quando vi è la necessità, cioè quando per parte della moglie si voglia procedere in senso opposto, e così si crei un dualismo nell'indirizzo economico della famiglia. Ora, nella disponibilità dei beni della moglie non vi è dualismo possibile. Si tratta di beni che sono di assoluta proprietà della moglie stessa, di un patrimonio affatto separato da quello del marito. Gli atti che può compiere la moglie riguardo a tali beni non possono essere contrari a quello che opera il marito, perchè questi, come non ne è proprietario, non può menomamente disporne senza che la moglie intenda di farlo, ed il còmpito del marito si riduce tutto ad un veto che può essere di danno e non di utilità.

Nè si dica per avventura che il marito può aver fatto assegnamento sui beni della moglie per la parte in cui questa è obbligata a concorrere alle spese del mantenimento della famiglia: quando il marito avesse creduto di fare un tale assegnamento, aveva un mezzo di cautelarsi per la conservazione dei beni stessi, cioè facendoli costituire in dote alla moglie; se trascurò una tale precauzione, la sua negligenza non può essere sanata stabi-

lendo una incapacità fittizia a carico della moglie ed una soggezione che ripugna all'uguaglianza giuridica naturale dei coniugi (1).

Quanto all'unità morale poi che l'autorizzazione è destinata a produrre nella famiglia, risponde a capello il dilemma che leggesi nella citata relazione Pisanelli: « O la « concordia regna fra i coniugi, e tutti gli atti saranno « regolati dal comune consenso di essi senza bisogno di « legge alcuna, poichè è naturale che i coniugi si con- « sultino vicendevolmente sopra gli atti che ciascuno di « essi intende compiere circa i suoi beni; oppure la pace « domestica vien meno, ed allora l'autorizzazione ma- « ritale diventa un'arma di violenza nelle mani del ma- « rito, la moglie cercherà rifugio nei tribunali, e l'ultima « conseguenza di questa disposizione della legge sarà la « separazione dei coniugi, cioè lo sperpero e la rovina « della famiglia » (2).

A questo dilemma la Commissione senatoria ne oppose un altro in risposta, osservando che se gli atti che vuole compiere la moglie sono buoni, allora otterrà certamente l'autorizzazione del marito, o in difetto dai tribunali. Se invece sono cattivi, allora è gran ventura che il marito abbia un mezzo onde impedirli (3).

Il ragionamento però della Commissione senatoria è claudicante. Non si tratta di vedere quello che farà il marito, nè si può sapere se egli vorrà riconoscere la utilità degli atti per cui gli si può richiedere l'autorizzazione. Quello che è certo egli è che se rifiuta, la moglie sarà costretta a ricorrere al Tribunale, e così perderà

---

(1) Relazione Pisanelli, pag. 12.
(2) Relazione Pisanelli, loco citato.
(3) Relazione Vigliani, pag. 53.

tempo e spese, e forse sparirà l'occasione di fare un utile contratto e di provvedere all'interesse proprio e della famiglia.

Più degli altri argomenti fin qui esaminati non ha valore quello che può dirsi storico, e che consiste nello asserire che l'autorizzazione maritale è istituzione fondata sulle tradizioni giuridiche delle nazioni Latine.

Presso gli antichi Romani essendo la famiglia una istituzione politica, una piccola monarchia in cui il *pater familias* esercitava il potere assoluto su tutti i membri che la componevano, era naturale che la personalità della donna scomparisse e rimanesse assorbita da quella del padre e del marito, e che essa vivesse continuamente sotto la tutela dell'uno e dell'altro. Questo spiega la antichissima istituzione del matrimonio *in manu* per cui la donna diveniva col matrimonio proprietà assoluta del marito. In allora adunque non vi era *autorizzazione*, vi era la tutela della moglie che per conseguenza non doveva ricorrere al marito per poter fare certi atti, ma era assolutamente incapace a contrattare od a compiere qualunque atto della vita civile.

È certo però che fin dagli antichissimi tempi accanto al matrimonio *in manu* sorse la istituzione dei *matrimonii liberi*, nei quali la moglie non diventava *iusta uxor*, ma semplicemente *uxor*, e non cadeva nella potestà del marito, ma rimaneva sotto la potestà del padre suo a cui succedeva, e quindi veniva ad acquistare un patrimonio libero di cui aveva stessa essa il godimento e la disponibilità. Questi matrimonii liberi che a poco a poco divennero la forma comune della società coniugale, ed esclusero la forma primitiva del matrimonio *in manus*, diedero origine alla istituzione della *dos*, la quale ebbe per scopo di supplire alla *manus* accordando al marito il mezzo onde

poter frenare la libertà che le mogli avevano di poter disporre dei loro beni parafernali, libertà che divenne assoluta quando furono anche sottratte colla legge Giulia e Papia Poppea dalla tutela perpetua degli agnati.

Che veramente poi tale fosse negli ultimi tempi la condizione della moglie rispetto ai suoi beni, lo si deduce dalla legge 8, Cod. *de pactis conventis*, 5, 14: *Hac lege decernimus ut vir in his rebus quas extra dotem mulier habet, quas Graeci parapherna dicunt, nullam uxore prohibente habeat comunionem nec aliquam ei necessitatem imponat.* È bensì vero, che come si è rilevato nella relazione Vigliani (pag. 49 e seg.) nella legge citata si trova pure osservato: *Quamvis enim bonum erat mulierem, quae se ipsam marito committit, res etiam eiusdem pati arbitrio gubernari:* tale osservazione però degli imperatori Teodosio e Valentiniano, accenna evidentemente a quanto era stabilito dal diritto antico, ossia alla istituzione del matrimonio *in manu* ed inoltre rimane destituita da ogni importanza dal seguito della legge espresso in questi termini: *attamen quoniam conditores legum, aequitatis convenit esse fautores, nullo modo (ut dictum est) muliere prohibente virum in paraphernis se volumus immiscere.*

Adunque, per quanto attestano gli stessi imperatori, lo stretto diritto avrebbe richiesto l'assoluta dipendenza della moglie anche per i beni suoi proprii, ma l'equità che venne a modificare i dettami dello stretto diritto, sancì la libera disponibilità dei beni parafernali.

Non giova quindi al relatore della Commissione senatoria il citare una osservazione contenuta nel testo, quando il testo della legge la smentisce e quando per seguitare le aspirazioni ed i rimpianti degli imperatori converrebbe ritornare al sistema della tutela della moglie, sistema che

certamente non si può considerare come attuabile nello stato presente della civiltà (1).

La condizione giuridica della donna durò in tale stato finchè ebbe vigore il diritto Romano.

Sopraggiunti i barbari, presso i quali, come presso popoli assolutamente rozzi, doveva per natura prevalere la forza, se incominciò sotto la influenza del Cristianesimo e delle idee germaniche un'epoca di riabilitazione morale della donna, che le richezze ed i vizi dell'impero avevano corrotto; si fece però un passo indietro per quanto riflette la condizione giuridica di essa.

Presso quasi tutti i popoli che si versarono sul territorio dell'Impero, e di cui si possono rintracciare le istituzioni, la donna è mantenuta in stato di tutela. Appo i Longobardi, a mo' d'esempio, la moglie era sotto il *mundium*, ossia tutela del marito, tutela che veniva trasmessa al marito dal padre o dal tutore, mediante il pagamento del prezzo. Non molto differenti furono in proposito le leggi Franche; e la famosa disposizione della legge Salica, per cui le donne erano escluse dalla successione, può dar un'idea della condizione giuridica di esse (2).

Notisi però, che se è vero, come pare messo fuori di questione, che sotto alcune dominazioni barbare e specialmente le Franche, nelle sovrapposizioni di razze e di dominazioni che susseguirono la caduta dell'Impero ro-

---

(1) Il relatore della Commissione senatoria cita ancora un brano di Livio, Dec. IX, lib. IV, in cui si riporta una parte di orazione di Catone che non riflette per nulla la autorizzazione maritale, ma che dimostra sempre più che la condizione della donna era affatto libera nella disponibilità dei beni, e tendeva perfino, secondo si esprime il rigido censore, a: *capessere rempublicam*.

(2) *De terra vero salica nulla portio haereditatis mulieri veniat sed ad virilem sexum tota terrae haereditas perveniat.* (Testo dato dal Tillet nel 1573, Tit. XLII).

mano, fosse libero a ciascuno di vivere secondo la propria legge originaria, e quindi i Romani vivessero secondo la legge Romana, bisogna per forza concludere che le donne di origine latina continuarono ad avere la libera disponibilità dei loro beni.

Questa contemporanea esistenza di leggi che assoggettavano la moglie alla tutela del marito, e di altre leggi che lasciavano alla stessa la libera disponibilità dei beni, si verificò sotto un altro aspetto in Francia, dove nelle provincie rette dal diritto consuetudinario (*droit coutumier*), ossia in quelle per cui le istituzioni barbariche erano tuttavia più o meno in vigore, si ammetteva la tutela della donna; e nelle provincie rette dal diritto Romano (*droit écrit*) se ne riconosceva invece la libertà.

Venne l'epoca della codificazione e si adottò preferibilmente il sistema del diritto consuetudinario a cui si diede la forma della *autorizzazione maritale*. Ecco in qual modo l'istituzione dell'autorizzazione maritale si trovò introdotta nei codici moderni che modellarono le loro disposizioni ad esempio della legislazione Francese.

Non si dica dunque che l'autorizzazione maritale è una istituzione Romana, mentre essa non è che tratta dal *droit coutumier* Francese e dal Codice Napoleonico passata nella legislazione italiana, come passò nella maggior parte dei codici moderni, i quali adottarono la disposizione del codice Francese senza esaminare se fosse o meno conforme ai principii razionali (1).

(1) Il Codice del cantone di Vaud richiede non l'autorizzazione del marito, ma quella di due parenti, e l'autorizzazione di due consiglieri nominati dal Procuratore Generale è richiesta dal Codice del cantone di Ginevra. Agli Stati Uniti di America l'autorizzazione non è necessaria per gli acquisti di immobili che faccia la moglie. In Inghilterra sono nulle le obbligazioni contratte dalla sola moglie. In Sassonia, a Lubek, Hamburg ed in Norvegia la donna è sotto la tutela del marito. - SAINT-JOSEPH, *Concordances de Codes étrangers,* introduction, p. XIX.

Il consenso di una gran parte dei legislatori nell'ammettere la autorizzazione maritale non è dunque per sè una ragione che possa giustificare una tale istituzione, e del resto poichè la legge Austriaca e la legge Russa danno alla moglie la libera disponibilità dei suoi beni parafernali, e tuttavia la famiglia non è perciò andata in sfacelo nei luoghi dove imperano quelle leggi, bisogna per forza concludere che i timori esagerati dai fautori dell'autorizzazione non hanno alcun fondamento, e che il principio di libertà ed eguaglianza anche applicato ai rapporti fra coniugi è rimedio a sè stesso, e non che essere origine di sconvolgimenti sociali ed economici, riesce fecondo di ottimi risultati.

Dimostrato per tal modo che l'istituto dell'autorizzazione maritale non è dettato nè da ragioni giuridiche nè da ragioni di convenienza, è necessario notare il carattere speciale che ha assunto una tale istituzione secondo la nostra legislazione.

Il ministro guardasigilli Pisanelli, nel progetto presentato al Senato, aveva proposto l'abolizione dell'autorizzazione maritale.

La Commissione senatoria opinò invece pel mantenimento di essa.

Le discussioni al Senato ed alla Camera dei deputati mantennero indecisa la questione, e mentre in quello la gran maggioranza si spiegava in favore dell'autorizzazione, nella Camera nessun oratore sorse a parlare in modo deciso a favore dell'autorizzazione stessa.

Alla Commissione coordinatrice la questione generale teorica non si potè discutere, perchè si votò preliminarmente nel senso, che l'articolo 2 della legge 2 aprile 1865 ostava a che si potesse mettere in questione il principio della necessità dell'autorizzazione maritale.

Ristretto in questi limiti il còmpito della Commissione, era naturale che, essendo la maggioranza di essa in massima contraria all'autorizzazione, si dovesse accontentare di restringerla in modo che fosse applicabile al minor numero possibile di casi.

Gli articoli 134 e seguenti del Codice civile devono quindi considerarsi, non come l'applicazione pratica di un principio razionale, ma piuttosto come una specie di compromesso tra il sistema seguìto dal Codice francese ed un nuovo sistema di libertà, all'attuazione del quale si aspira, ma a cui non si è ancora potuto arrivare.

Accadde presso di noi in tale occasione ciò che si verificò nella costituzione dei princìpi di diritto romano. Allora il principio su cui si fondava la legge scritta, siccome troppo severo, veniva, senza immediate radicali mutazioni, modificato nelle sue applicazioni colla scorta dell'equità per mezzo specialmente degli editti pretorii.

L'operato della Commissione coordinatrice produsse un effetto analogo a quello che producevano gli editti dei pretori, introdotti a limitare il rigore dello stretto diritto.

Per conseguenza le contraddizioni che si incontrano in tale materia trovano la loro giustificazione nella lotta fra i due princìpi e nel carattere essenzialmente transitorio che devesi ritenere abbiano le disposizioni della nostra legge in ordine all'autorizzazione maritale.

§ 2.

Disposizioni del Codice italiano in ordine all'autorizzazione maritale.

Articolo 1.

Atti per cui è richiesta l'autorizzazione.

Ciò posto in genere, converrà ora scendere all'esame della nostra legge positiva ed alle questioni di interpretazione.

L'articolo 134 del Codice italiano così dispone:

« La moglie non può donare, alienare beni immobili,
« sottoporli ad ipoteca, contrarre mutui, cedere o riscuo-
« tere capitali, costituirsi sicurtà, nè transigere o stare in
« giudizio relativamente a tali atti senza l'autorizzazione
« del marito ».

Una prima questione si presenta immediatamente in ordine all'interpretazione di questo articolo di legge, se cioè l'enumerazione in esso contenuta degli atti per cui è richiesta l'autorizzazione debba ritenersi come tassativa o solamente come dichiarativa. La risposta è facile dopo l'esposizione che più sopra si è fatta delle idee generali intorno all'autorizzazione.

Se l'autorizzazione non ha vero fondamento giuridico, se la meta a cui si deve tendere è l'abolizione di essa, ne consegue che l'autorizzazione deve restringersi al minor numero possibile di casi, e quindi la enumerazione dell'articolo 134 considerarsi come rigorosamente tassativa.

Alla stessa conclusione del resto si arriva altresì ricostituendo il pensiero del legislatore, quale si può dedurre dalle discussioni avvenute in seno alla Commissione coordinatrice, ed applicando il principio generale, in forza del quale le disposizioni di legge che restringono la capacità giuridica delle persone, come tutte quelle che hanno carattere eccezionale, devono interpretarsi restrittivamente.

Stabilito per tal modo il criterio che deve servire di norma nell'interpretazione della legge, verremo singolarmente esaminando ciascuno degli atti i quali, a termini dell'art. 134, non possono essere compiuti dalla moglie senza autorizzazione.

A) Donazioni. — È certo, per quanto si è più sopra osservato, che la moglie a cui spetta la proprietà de' suoi beni dovrebbe, secondo i princìpi razionali, poterne liberamente disporre anche per donazione, e che non vi è ragione d'imporle la necessità dell'autorizzazione nell'interesse della famiglia, mentre il marito, non curando un tale interesse, può liberamente alienare anche a titolo gratuito i suoi beni.

Se parve sufficiente a tutelare l'interesse della famiglia contro le spensierate liberalità del marito la restrizione che è fatta dall'articolo 1091 del Codice civile, non vi è ragione di far distinzione rispetto alla moglie, la quale dovrebbe perciò liberamente, e negli stessi limiti del marito, poter disporre per donazione come può disporre per testamento.

La legge tuttavia proibisce alla moglie di donare senza l'autorizzazione del marito.

Il Codice Albertino, uniformandosi al Codice francese, stabiliva la necessità dell'autorizzazione maritale non solo per le donazioni che intendesse di fare la moglie, ma anche per quelle che essa potesse ricevere.

Onde giustificare questa restrizione si allegava unicamente la possibilità che la donazione fosse il prezzo del disonore del marito. L'autorizzazione però venne ragionevolmente ridotta agli atti di donazione *attivi*. La legge non deve stabilire una regola generale in vista di particolari eventualità, e del resto quando il procedere della moglie sia contrario ai doveri di fedeltà, il marito può chiedere all'autorità giudiziaria e far pronunziare la separazione personale.

Posto dunque che la nostra legge non riguarda che le liberalità fatte dalla moglie, rimane unicamente da accertarsi l'estensione della parola *donare*.

Donazione, secondo l'articolo 1050 Codice civile, è un atto di spontanea liberalità, col quale il donatore si spoglia attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario che l'accetta. Come si scorge, la definizione è amplissima; tuttavia la stessa Commissione coordinatrice e in seguito la giurisprudenza avendo dichiarato che nella locuzione di *donazione* non si comprendono i doni manuali, per i quali non sono necessarie le formalità richieste per le donazioni, bisognerà pur conchiudere che alla validità dei doni manuali fatti dalla moglie non è richiesta la maritale autorizzazione. Spetta all'autorità giudiziaria lo stabilire, tenuto conto della sostanza del donante, se una liberalità si debba considerare come semplice dono manuale o piuttosto come vera donazione.

B) L'alienazione d'immobili è il secondo atto rispetto al quale venne limitata la capacità giuridica della moglie, sottoponendola all' obbligo dell'autorizzazione. Benchè a primo aspetto non sembri, tuttavia la proibizione di *alienare beni immobili* è comprensiva di molti atti e riesce quindi di gravissima restrizione alla libertà della donna. — Di

vero *alienare* vuol dire trasmettere in altri la proprietà. Sorge però naturalmente il dubbio se nell'idea di alienazione si debba dire compreso il trasferimento non di tutta intiera, ma soltanto di una parte della proprietà, ossia di alcuno degli elementi che la costituiscono, come sono le servitù e gli altri diritti reali.

In favore della capacità della moglie, si può invocare il significato che ordinariamente si dà al vocabolo *alienazione* per cui si intende il trasferimento di tutta intiera la proprietà e si può invocare l'art. 1314 del Codice civile in cui il legislatore designando i contratti per i quali è necessario l'atto scritto, distingue in modo notevolissimo gli atti che *trasferiscono proprietà di immobili*, da quelli che *costituiscono o modificano servitù prediali*. Tali argomenti tuttavia pare che debbano cedere senz'altro di fronte a quello tratto dall'art. 415 del codice civile, in cui sono *dichiarati immobili* per l'oggetto cui si riferiscono i diritti di usufrutto dei beni immobili e le servitù prediali.

Sarà pure necessaria l'autorizzazione per la validità delle permute di immobili, siccome quelle che contengono una vera alienazione, e così dicasi della dazione in paga, che la moglie operi rimettendo in pagamento di un suo debito la proprietà di un fondo al suo creditore, perchè tale contratto viene ad equivalere una vera vendita del fondo.

Può forse sorgere dubbio intorno al contratto di società di beni immobili, quando ne è portata in comunione la proprietà.

I beni posti in società diventano comuni, epperciò si intendono appartenere a tutti i soci ed a ciascun socio nello stesso tempo; il diritto di ciascun socio si estende a tutti i beni comuni: puossi dunque asseverare che vero trasferimento non esiste. Tuttavia si può osservare che in fatto il trasferimento ha luogo, malgrado tutte le finzioni di

diritto, e se non si verifica a favore di ciascun socio, si opera a favore dell'ente sociale, poichè la moglie si spoglia del suo diritto di proprietà sugl'immobili che conferisce, per acquistare un diritto eventuale ad una quota sul patrimonio sociale.

La costituzione di rendita fondiaria, importando, a termini dell'art. 1780 del codice civile, alienazione di immobili, deve pure dirsi vietata alla moglie senza l'autorizzazione.

Ugualmente non può, a meno che considerarsi come un'alienazione la concessione di *enfiteusi*, poichè in base all'art. 1564 il fondo enfiteotico è sempre redimibile, e perciò il concedente, ossia la moglie, può vedersi per la semplice volontà dell'enfiteuta cambiar il fondo che essa ha conceduto in enfiteusi in un capitale.

Si fece questione se la moglie possa, senza l'autorizzazione del marito, addivenire alla cessione di ragioni che le spettino sopra una eredità a cui sia chiamata. Evidentemente è d'uopo distinguere. Trattandosi di eredità puramente mobiliare, non può nascer dubbio essendo la alienazione di mobili permessa alla moglie anche senza l'autorizzazione del marito. Trattandosi invece di una eredità immobiliare può dubitarsi se abbia la moglie o non facoltà di far la cessione, di fronte all'art. 987 del codice civile, il quale accorda a ciascun coerede il diritto di chiedere in natura la parte degl'immobili dell'eredità che gli spetta. La risoluzione di tale questione è collegata con quella assai più ampia e che fu già l'oggetto di vive discussioni; se cioè debbasi dire necessaria l'autorizzazione maritale alla moglie onde possa addivenire alle divisioni di eredità immobiliari.

La controversia venne portata per ben due volte innanzi alla Corte di Cassazione Torinese, e per ben due

volte fu giudicato essere necessaria l'autorizzazione maritale (1). Serbando però tutto il rispetto che è dovuto alla pronuncia del supremo magistrato, non pare che la questione si possa dir senz'altro risoluta nel senso delle citate sentenze, ed agli argomenti su cui si fondarono le pronuncie dei magistrati se ne possono contrapporre altri forse più convincenti. La Corte di Cassazione partì dal principio, che l'art. 1034 è una pura finzione di diritto, la quale non comincia se non dopo la divisione, mentre in fatto la divisione è traslativa di proprietà e non soltanto dichiarativa. Soggiunse che non può trarsi argomento contro alla necessità dell'autorizzazione dagli articoli 224 e 296 del codice civile; invocò il tenore della relazione al Re dal ministro Guardasigilli Vacca, e argomentò dai pericoli che può correre l'interesse della moglie nelle operazioni della divisione.

Ora sia o non l'art. 1034 una finzione di diritto, certo è che la divisione, secondo il sistema dell'attuale legislazione, non è considerata come traslativa, ma bensì come soltanto dichiarativa. Il dir poi che non bisogna confondere la natura di un atto coi suoi effetti, è fino ad un certo punto ammessibile, ma è pure innegabile che l'unico mezzo di determinare la natura di un atto si è lo esaminar gli effetti che l'atto stesso produce. Notisi inoltre che il concetto di *alienazione* importa, come si è già osservato, trasferimento di proprietà; ora il condividente non opera alcun trasferimento, perchè il suo diritto esiste già sulla parte che gli è poscia attribuita per la divisione. Nè si opponga che ciascun coerede rinuncia a favore dell'altro ai diritti che prima aveva su tutta l'eredità, poichè è facile

(1) Sentenza 8 aprile 1874; *Giurisprudenza*, 1874, pag. 461. Sentenza 15 novembre 1876, causa Pallavicini contro Gropallo; *Giurisprudenza*, 1877, pag. 114.

rispondere, che anche il supporre che ciascun coerede abbia il dominio su tutti i beni è una finzione, mentre il diritto in realtà incombe solamente sopra una quota: quota che non è ancora determinata in fatto, ma che lo è già in diritto.

È poi indubitato che l'art. 296 limitando la facoltà del tutore che agisce nell'interesse dei figli minori, vieta ad esso espressamente di addivenire senza autorizzazione a divisioni di eredità cui siano chiamati i minori stessi. Argomentando a contrario bisogna dedurne che la facoltà di addivenire alle divisioni è concessa alla moglie, poichè l'articolo 134 non lo vieta come fa espressamente l'articolo 296.

Se non che la Corte di Cassazione osservava che gli art. 224 e 296 furono senza modificazioni riprodotti dal progetto ministeriale, mentre l'art. 134 fu aggiunto dalla Commissione senatoria; onde non essendo tali disposizioni prodotte da un'unica mente legislatrice, non puossi trarre alcun argomento dal loro confronto. Così ragionando però si diede una importanza eccessiva all'origine prossima delle disposizioni e si dimenticò che la legge, qualunque siano le fasi per cui è passata, è una sola perchè uno è il potere legislativo e quindi si deve considerare come unico lo spirito direttivo di essa. Nel caso speciale poi, siccome onde contemperare fra di loro i vari elementi che risultano dai diversi progetti precitati, si era nominato la Commissione coordinatrice, così vi è doppia ragione per credere che la mente direttiva fu una sola, e che se la Commissione lasciò negli art. 224 e 296 la limitazione della capacità del padre e del tutore in ordine alle divisioni, e non espresse distintamente una tale incapacità nell'art. 134, è d'uopo conchiudere che alla moglie non si volle estendere la incapacità per gli atti di divisione.

Le parole poi della relazione al Re, per quanto auto-

6

revoli, nulla aggiungono nè tolgono alla portata della legge, la cui interpretazione spetta all'autorità giudiziaria e non ad altri. Quanto ai pericoli infine che nelle divisioni si possono incorrere dalla moglie è da osservarsi che un tale argomento non è esclusivo alle eredità immobiliari, ma comune anche alle mobiliari ed a tutti gli atti di alienazione di mobili. Ora siccome questi atti sono permessi alla moglie, qualunque sia la loro entità e qualunque siano i pericoli a cui la moglie vada incontro, ne consegue che da tali pericoli non si può trarre un argomento speciale in favore delle autorizzazioni alle divisioni.

Così dunque puossi concludere con sufficiente fondamento che la moglie può addivenire, senza bisogno di autorizzazione, alla divisione delle eredità immobiliari cui sia chiamata.

Posto che la moglie possa addivenire alla divisione delle eredità immobiliari, e quindi fare tutte le operazioni relative, ossia accontentarsi di una quota ereditaria anche in una somma di danaro, ne consegue necessariamente che per fare la cessione de' suoi diritti sopra un'eredità anche immobiliare, essa non ha d'uopo di autorizzazione.

Per contro la moglie non potrebbe senza autorizzazione alienare un'azione che le spettasse diretta al ricupero di un immobile.

È vero che l'azione non produce un diritto di proprietà attuale sopra l'immobile, ma un diritto unicamente eventuale, e perciò strettamente non può dirsi che nell'alienazione dell'azione siavi una trasmissione di proprietà.

Tuttavia siccome l'articolo 415 del Codice civile dichiara immobili per l'oggetto a cui si riferiscono anche le azioni dirette alla rivendicazione di beni immobili, è forza ritenere che sia necessaria l'autorizzazione anche per l'alienazione di siffatti diritti.

Deve invece ritenersi la donna maritata capace di addivenire, anche senza autorizzazione, all'esecuzione dei contratti che avesse anteriormente stipulato in modo valido. Ove poi si trattasse di un contratto dipendente dallo avverarsi di una condizione, devesi ugualmente ritenere la capacità della moglie ad eseguirlo, di fronte alla disposizione dell'articolo 1176 che attribuisce alla condizione adempiuta effetto retroattivo.

C) La terza limitazione alla capacità della moglie riguarda la facoltà di sottoporre ad ipoteca i proprii beni.

Tale limitazione trova la sua giustificazione nella proibizione di alienare, poichè sarebbe stato inutile impedire l'alienazione quando la moglie avendo facoltà di costituire ipoteche sopra i suoi immobili, avrebbe potuto indirettamente operare l'alienazione stessa.

Siccome però la legge deve a norma di quanto più sopra si è detto essere interpretata restrittivamente, così è da ritenersi che la moglie, la quale non può sottoporre i suoi beni ad ipoteca, può tuttavia addivenire alla stipulazione degli altri mezzi che la legge concede a garanzia delle obbligazioni.

Uno di tali mezzi è il contratto di anticresi. Con tale contratto il creditore non acquista che un diritto sui frutti del fondo, e perciò la moglie che ha l'amministrazione ed il godimento dei suoi beni parafernali, deve naturalmente esser capace di concedere un proprio fondo in anticresi quando sia per cautelare una obbligazione da essa validamente contratta.

Così pure la moglie potrà validamente concedere in pegno, poichè tale contratto verte essenzialmente su mobili (art. 1878).

D) La moglie non può *contrarre mutui* senza l'autorizzazione del marito. La locuzione della legge dà luogo

ad una grave questione. Dovrassi intendere vietato alla moglie di contrarre soltanto il *mutuo passivo*, od anche vietato di contrarre il *mutuo attivo*. Stando alla espressione letterale della legge, niun dubbio che la moglie non possa essere parte in un contratto di mutuo, sia essa *mutuante* o *mutuataria*. Però se si osserva che la moglie ha la libera facoltà di alienare i suoi beni mobili, cioè di trasferire mediante corrispettivo la proprietà di essi; se non vi è impedimento a che essa pattuisca una mora al pagamento del corrispettivo, a *fortiori* devesi concludere che le sia permesso di contrarre il mutuo attivo, che consiste nella consegna di una data quantità di cose mobili coll'obbligo al mutuatario di restituire entro un dato termine la medesima quantità, specie e qualità di cose.

La natura della disposizione dell'articolo 134 che è di diritto singolare e quindi vuol essere interpretata restrittivamente, induce a credere che la proibizione fatta dal legislatore pel mutuo non si possa estendere al comodato che è pure un prestito ad uso. Niun dubbio che la moglie possa rendersi comodataria, giacchè trattandosi di un contratto essenzialmente gratuito, ed il cui scopo si è di procurare un vantaggio appunto al comodatario, è evidente che la moglie, la quale può accettare una donazione, possa accettare il comodato.

Quanto al rendersi comodante poi pare egualmente che debbasi concludere per la capacità incondizionata della moglie. È vero che si tratta di un contratto gratuito e quasi sotto un certo aspetto di una donazione, ma siccome d'altro canto il comodante non perde la proprietà dell'oggetto, ed è anzi assicurato per mezzo di minute disposizioni contro le eventualità di perdita o deterioramento della cosa, è ragionevole il credere che non sia richiesta per la stipulazione di questo contratto, sia esso attivo o passivo, alcuna autorizzazione del marito.

E) Cessione e riscossione di capitali. — La ragione per cui venne dalla legge introdotta la necessità dell'autorizzazione maritale per la cessione dei capitali della moglie si può ricavare dalle seguenti parole dette dal commissario Cadorna nella seduta 16 aprile della Commissione coordinatrice: « Il criterio col quale debbono determi- « narsi gli atti che possono farsi liberamente dalla mo- « glie, è quello di separare il capitale dalla rendita, pre- « scrivendosi che di questa possa disporre, e che abbia « il freno della autorizzazione per ciò che concerne la « conservazione del capitale ».

Queste osservazioni erano dirette bensì ad ottenere la conservazione dell'inciso che leggevasi nel progetto senatorio, in forza del quale proibivansi in genere alla moglie gli atti eccedenti la semplice amministrazione, e l'inciso venne respinto: ma allorquando si venne in seguito a votare l'altro inciso sulla *cessione o riscossione di capitali*, questo venne approvato con dieci voti contro quattro, approvando così indirettamente le osservazioni che si erano antecedentemente esposte dal commissario Cadorna sulla disponibilità dei capitali.

Ora duole il dirlo, ma con tale nuova restrizione si tolse tutto il vantaggio che erasi ottenuto restringendo la proibizione alle sole *alienazioni di immobili*, e in fatto si è venuto a stabilire una limitazione quasi equipollente a quella che sarebbe risultata dal vietare tutti gli atti eccedenti la semplice amministrazione.

La parola *capitale* ha un significato così esteso che si può dire con ragione comprendere quasi tutta la sostanza mobile.

L'idea di capitale include quella del *frutto* che da esso capitale è prodotto, o che esso capitale è capace di produrre.

Non solo quindi i crediti ma le somme di danaro che

la moglie ritenga presso di sè, ed anche in determinate circostanze gli stessi mobili e la mobiglia possono considerarsi come *capitali*, cioè come fruttanti interessi e quindi si deve dire proibita alla moglie l'alienazione di essi senza l'autorizzazione del marito.

In base a tale disposizione la moglie non potrà nemmeno, dopo di aver esatto una somma capitale da un suo debitore, farne l'impiego che essa creda migliore, poichè sia che lo impieghi nell'acquisto di un immobile, sia che lo cambi con un capitale di natura diversa, sia anche che lo dia a mutuo, ne fa sempre l'alienazione, ossia la cessione al venditore dello stabile od al mutuatario.

Adunque, stando rigorosamente al senso della legge colla proibizione di cedere e riscuotere capitali si viene indirettamente ad impedire ciò che pure dopo tante discussioni si era ottenuto, che cioè la moglie, la quale non può vendere, possa però liberamente acquistare immobili e si vieta inoltre alla moglie ciò, che stando alla natura del contratto di mutuo, vedemmo doversi intendere permesso, cioè di rendersi mutuante di somme capitali.

L'unica capacità della moglie è dunque ridotta a disporre dei frutti dei capitali.

La legge poi non si arresta alla proibizione di cedere capitali, ma ne proibisce perfino la riscossione senza l'autorizzazione del marito. La ragione che si dà di tale divieto però non ha valore di sorta. Si volle con ciò evitare i pericoli di facile dispersione delle sostanze della donna, la quale, una volta ritirati i capitali può sperperarli. Ma evidentemente con la proibizione di riscossione non si è menomamente evitato il pericolo. La moglie può munirsi di regolare autorizzazione per riscuotere un capitale ed una volta che l'abbia riscosso può benissimo ritenerlo presso di sè infruttuoso o sprecarlo in inutili spese, ed il

marito non potrà forzarla a farne impiego, e non potrà, per quanti sforzi faccia, impedirne lo spreco.

F) Fideiussione, Mandato. — La legge ha considerato il contratto di fideiussione con una diffidenza speciale ed ha vietato in genere alla donna maritata di costituirsi sicurtà senza autorizzazione del marito. A giustificare una tale diffidenza si adduce la facilità con cui la moglie può essere indotta ad assumere un vincolo fideiussorio, e la gravità del danno che ne può derivare ai suoi interessi. È tuttavia ovvio l'osservare che non vi è maggior facilità ad assumere l'obbligazione fideiussoria di quello che vi possa essere per qualunque altra obbligazione. Se la moglie è intellettualmente capace, come non si contesta, deve necessariamente saper provvedere al proprio interesse in un contratto di fideiussione come in qualunque altro contratto. Del resto essendo la fideiussione permessa senza restrizione alle donne nubili e vedove, non può essere per incapacità naturale, che fu imposta la condizione di cui si tratta.

I pericoli poi non sono nella fideiussione maggiori che in un'altra obbligazione, poichè tanto dell'obbligo fideiussorio come di qualunque altro, il creditore ha diritto di ottenere l'adempimento con tutti i mezzi dalla legge stabiliti.

La ragione per cui fu richiesta l'autorizzazione alle fideiussioni della donna maritata, deve invece rintracciarsi nei precedenti legislativi riguardanti il contratto di fideiussione e più propriamente nelle disposizioni del senatus consulto Velleiano, il quale proibiva in genere alle donne di obbligarsi per altri (*intercedere*).

Il Codice italiano non riprodusse la disposizione dell'art. 1054 Cod. albertino, il quale vietava a tutte le donne di costituirsi securtà senza l'autorizzazione del Tribunale,

abolì cioè la restrizione *generale* imposta dal senatus consulto Velleiano, ma ne conservò tuttavia una parte richiedendo l'autorizzazione per le fideiussioni prestate dalle donne maritate.

Siccome il senatus consulto Velleiano era fondato sopra la ragione politica di conservare le doti alle donne ed anche sopra la presunzione d'incapacità od almeno di facilità nelle donne di contrarre vincoli onerosi, e siccome la ragione politica non esiste per noi e la capacità della donna è fuor di questione, rimane dimostrato così che è inammessibile l'applicazione anche in limiti più ristretti del senatus consulto Velleiano ai rapporti giuridici attuali.

A spiegare la necessità dell'autorizzazione per le obbligazioni fideiussorie della donna maritata, fu osservato esser ragionevole che il marito venga informato delle obbligazioni che la moglie assume nell'interesse di altre persone, sia per tutelare la moralità della famiglia, sia per provvedere affinchè i beni della famiglia stessa non siano dalla moglie impiegati a favore dei terzi. Egli è per questa identica ragione, si soggiunge, che venne pure dall'art. 1743 del Codice proibito alla moglie di accettare un mandato senza l'autorizzazione del marito.

Alla quale osservazione però si può facilmente contrapporre quanto fu già esposto distesamente nel paragrafo primo del presente capo. Non si può partir dal principio che gli atti della moglie abbiano uno scopo immorale, mentre anzi il naturale affetto della donna verso il marito ed i figli la inducono a tutto operare ed a sacrificarsi per il vantaggio della famiglia. Che se veramente avvengono dei casi in cui la moglie abbia malvagia tendenza, allora non basta proibire le fideiussioni ed i mandati, poichè essa troverà mille mezzi assai più facili senza ricorrere a tali atti, per dar fondo alla sua sostanza.

Giova ripetere ancora una volta: bisogna esser logici; o proibire alla donna anche l'amministrazione dei propri beni, o riconoscerne pienamente la capacità, evitando di violare la dignità e la personalità giuridica di essa con inutili restrizioni.

Malgrado la forza di tali argomenti la legge ha tuttavia vietato alla donna maritata di prestare qualunque fideiussione, e le ha vietato di accettare qualunque mandato senza l'autorizzazione del marito. Riguardo al mandato poi, sebbene la disposizione si trovi nell'art. 1743 nel titolo *Del mandato*, tuttavia devonsi intendere richiamate le disposizioni relative all'autorizzazione maritale in genere e quindi la nullità derivante dal difetto di autorizzazione richiesta dall'art. 1743, è della stessa natura di quella stabilita dall'art. 137.

È da notarsi inoltre che l'incapacità della donna maritata rispetto al mandato, si restringe unicamente all'accettazione del mandato stesso, e perciò la moglie che fosse autorizzata od altrimenti capace a compiere un atto, non ha bisogno di autorizzazione per conferire ad un terzo la facolta di compiere quell'atto in vece sua; ossia la moglie non può, senza autorizzazione, rendersi mandataria, e può invece costituirsi mandante.

G) Transazioni. — Posto che la moglie non abbia la capacità giuridica di addivenire a certi contratti determinati dalla legge, sarebbe stata una inconseguenza della legge stessa ove si fosse lasciata alla moglie la facoltà di transigere sopra gli atti come sopra designati. Difatti, siccome la transazione a termini dell'art. 1764 Cod. civile è un contratto per cui le parti dando o ritenendo qualche cosa, pongono fine ad una lite, o la prevengono, è chiaro, che se l'oggetto della lite è uno di quelli su cui la capacità giuridica della moglie è limitata, essa verrebbe

indirettamente a contrattare sugli stessi oggetti ove fosse a lei permessa la transazione.

Notisi poi che l'autorizzazione a transigere sarà necessaria quantunque l'atto su cui volge la questione sia stato validamente contrattato dalla moglie.

La transazione in sostanza costituisce un nuovo accordo, una modificazione al primo contratto che si è convenuto fra le parti. È dunque naturale che per tale nuovo accordo o contratto si richiedano tutti gli elementi necessari ad un vero contratto, e quindi se la capacità giuridica di una delle parti non è completa, si richieda pure che venga l'autorizzazione a completarla.

H) Giudizii. — La necessità dell'autorizzazione per stare in giudizio è, come quella richiesta per le transazioni, una conseguenza naturale della incapacità della moglie a stipulare certi contratti, poichè, data la libera facoltà di stare in giudizio rispetto a qualunque atto, riescirebbe frustrato il precetto del legislatore in ordine alla autorizzazione, essendo facilissimo, d'accordo con un terzo, far passare sotto la forma di un giudizio un contratto cui la moglie non potrebbe addivenire senza autorizzazione.

La necessità dell'autorizzazione a stare in giudizio è dunque giustificata in quanto sono poste delle limitazioni alla capacità giuridica di contrattare sopra determinati atti. Perciò rimane inteso, che nel sistema di libertà, il quale venne più sopra propugnato, ed è il solo razionale, dovrebbero sparire anche l'autorizzazione a stare in giudizio, e quella a transigere che attualmente sono richieste per la donna maritata. Ciò posto, giova prima di tutto porre bene in sodo che la restrizione della capacità della moglie a stare in giudizio è limitata unicamente a quegli atti che la legge tassativamente enúmera, e per i quali è richiesta l'autorizzazione.

Venendo poi all'esame dei casi particolari è da osservarsi che l'autorizzazione maritale è necessaria alla moglie sia che essa sia attrice, sia che essa sia convenuta.

Evvi però una differenza tra i due casi, se non nella sostanza, almeno nella forma dell'autorizzazione. Se la moglie è attrice, allora prima di intentare l'azione deve provvedersi dell'autorizzazione, perchè tocca a lei di regolarizzare la sua posizione giuridica. Quando invece la moglie è convenuta, il carico di regolarizzare il giudizio spetta all'attore ed appunto per ciò all'art. 136 del Codice di procedura civile è stabilito, che colui il quale ha limitata l'amministrazione dei suoi beni, e non può stare in giudizio senza l'assistenza o l'autorizzazione altrui, è citato tanto in persona propria, che in persona di coloro, la cui assistenza od autorizzazione è necessaria.

Un'altra differenza tra il caso in cui la moglie sia attrice, e quello in cui essa sia convenuta trae origine dall'art. 803 del Codice di procedura, il quale dichiara che l'autorizzazione maritale si reputa concessa alla moglie, se convenuta quando il marito non comparisca, o comparendo non dichiari nel termine stabilito per rispondere che egli ricusa l'autorizzazione.

I termini generali usati dal legislatore non lasciano campo a distinguere tra le diverse autorità giudiziarie innanzi a cui può essere istituito il giudizio, e quindi qualunque sia l'autorità giudiziaria è indispensabile alla moglie l'autorizzazione del marito.

All'art. 129 del Codice Albertino era espressamente stabilito che l'autorizzazione non era necessaria nei giudizi penali istituiti contro la moglie. La dichiarazione era inutile perchè il giudizio penale interessa l'ordine pubblico e deve essere posto al dissopra degli interessi patrimoniali dei coniugi; fu quindi ragionevolmente intralasciato dal Codice italiano.

Tuttavia può farsi questione se non per tutto il giudizio penale, almeno per una sua fase speciale.

Dovrà la moglie avere l'autorizzazione per potersi costituire validamente parte civile?

È vero che la costituzione di parte civile può dare origine alla discussione di questioni importantissime di interessi patrimoniali, e che talora la stessa ragione, che richiede l'autorizzazione nei giudizi civili, potrebbe esistere per i giudizi penali in cui vi fu la costituzione di parte civile.

Tuttavia se si osserva che la disposizione dell'art. 134 è eccezionale e quindi deve interpretarsi restrittivamente che la domanda di danni si risolve ordinariamente nel diritto ad esigere una somma di danaro e quindi in un oggetto su cui la capacità giuridica della moglie è completa, pare che sia più accoglibile l'opinione per cui l'autorizzazione maritale non è considerata come necessaria alla donna maritata onde costituirsi parte civile (1).

Proseguendo ora nella ricerca dei casi in cui non sia necessaria l'autorizzazione a stare in giudizio, può chiedersi se la moglie ne abbia bisogno nelle cause relative a questioni di stato.

L'importanza di tali questioni è massima, e tale che sorpassa quasi sempre quella delle semplici controversie relative ad interessi materiali. V'ha di più: siccome lo stato delle persone arreca delle conseguenze anche in ordine alle successioni ed alle obbligazioni di prestare gli alimenti, la portata delle questioni di stato viene naturalmente ad estendersi anche ai rapporti di interesse.

Tuttavia anche a questo riguardo, oltre alla tassatività

---

(1) Contro la capacità della moglie a costituirsi parte civile pronunciava la Corte di Cassazione di Torino, sent. 8 febbraio 1858; Bettini, X, 1, 97; e 21 giugno 1865; Bettini, XVII, 1, 971.

della legge (argomento che nella specialità della questione ha maggior importanza di quella che ne abbia negli altri casi, poichè trattandosi di controversie gravissime il legislatore avrebbe dovuto specificamente indicarle), altre considerazioni concorrono a persuadere che l'autorizzazione non è necessaria alla moglie per stare in giudizio relativamente a questioni di stato. In tal genere di controversie non è soltanto l'interesse materiale che costituisce il fondamento dell'azione o della difesa. L'affetto, i rapporti di famiglia, la posizione sociale e mille altre circostanze, dettano un modo, piuttosto che l'altro di procedere, cosicchè vuol essere lasciato all'interessato la più assoluta libertà di agire non soltanto a seconda dell'interesse, ma anche a seconda dei sentimenti che prova.

Un'altra questione relativa alla capacità della moglie a star in giudizio, si può sollevare in ordine al deferimento del giuramento decisorio.

La moglie che fu autorizzata a stare in giudizio non per questo si può dire autorizzata a transigere sulla questione di cui fu oggetto il giudizio stesso. Ora il giuramento decisorio fu sempre considerato come contenente una specie di transazione, appunto perchè chi lo deferisce rinuncia a far valere ogni altra ragione, purchè la parte avversaria presti il giuramento.

Vorrebbesi dunque concludere che per poter dedurre il giuramento decisorio debba la moglie avere dal marito una speciale autorizzazione, allo stesso modo che non basta al procuratore il mandato alle liti, ma richiedesi una procura speciale onde autorizzarlo a farne la deduzione.

Per contro si osserva che sebbene il giuramento contenga una specie di transazione, ossia un elemento contrattuale, non perde perciò il carattere di mezzo di prova.

Se così è, siccome la moglie autorizzata a stare in giudizio devesi intendere autorizzata a sviluppare il giudizio stesso, e quindi a far valere tutti quei mezzi di prova che possono riuscire allo scopo proposto coll'azione o coll'eccezione, dovrà pur avere la facoltà di dedurre anche il giuramento decisorio.

Tale opinione pare tanto più accoglibile in quanto che il giuramento decisorio non è il solo atto, pendente il giudizio, che contenga un elemento contrattuale, giacchè anche le semplici ammessioni danno origine ad un quasi-contratto giudiziale, ed anche le deduzioni di interrogatorii o di capitoli di prova testimoniale inducono una irrevocabile ammessione della verità dei fatti che si danno per avvenuti da chi li deduce.

Finalmente può sollevarsi la questione se la moglie possa validamente interporre appello da una sentenza senza l'autorizzazione del marito.

La questione è possibile, quantunque sia dichiarato all'art. 801 del Codice di procedura civile che l'autorizzazione concessa alla moglie per stare in giudizio vale anche per proseguire il giudizio in opposizione, rivocazione, appellazione e cassazione.

Potrebbe darsi che si trattasse di un giudizio incominciato e finito durante lo stato nubile o vedovile di una donna, la quale avesse contratto matrimonio in pendenza del termine utile per appellare. In tal caso parrebbe a primo aspetto, che per continuare il giudizio la moglie non debba avere capacità e che si richiegga l'autorizzazione del marito per la validità dell'atto di appello che è il primo atto di continuazione del giudizio. Tuttavia si può con più fondamento osservare che l'atto di appello è un atto unicamente conservativo, e diretto ad impedire che passi in giudicato una sentenza; che talora l'urgenza potrebbe

richiedere una pronta azione, la quale sarebbe difficile ove abbisognasse l'autorizzazione; che infine l'autorizzazione può venire in seguito mentre importa sommamente di interrompere il termine onde far salvi gli interessi della moglie, scopo cui deve tendere l'istituzione dell'autorizzazione maritale.

Articolo 2.

Forma dell'autorizzazione.

Dopo di avere esaminati gli atti per la validità dei quali si richiede alla moglie l'autorizzazione maritale, viene logicamente l'opportunità di ricercare il modo con cui l'autorizzazione viene conferta dal marito.

Lo stesso art. 134, alinea, stabilisce uno dei modi in cui si accorda l'autorizzazione e dispone che il marito può con atto pubblico dare alla moglie l'autorizzazione in genere per tutti o per alcuni di detti atti, salvo a lui il diritto di rivocarla.

Per procedere con ordine però converrà esaminare prima quale sia la forma che debba avere l'autorizzazione speciale, per venir in seguito a parlare della forma richiesta per l'autorizzazione generale.

I. Autorizzazione speciale. — La legge, mentre impone una forma determinata, ossia l'atto pubblico, per l'autorizzazione generale, non ne stabilisce alcuna per l'autorizzazione speciale. Questo silenzio della legge non può

essere considerato altrimenti che come un richiamo alle regole generali di manifestazione di volontà (1).

Bisognerà quindi ritenere che l'autorizzazione del marito potrà essere data in modo espresso od in modo tacito. Per manifestarla in modo espresso il marito potrà ricorrere tanto all'atto pubblico che alla scrittura privata, e quindi anche una semplice lettera sarà sufficiente a far fede dell'autorizzazione. Anzi siccome nella nostra legge non vi ha disposizione contraria devesi dire valevole anche l'autorizzazione data verbalmente: e difatti la stessa giurisprudenza ammette che l'autorizzazione può dedursi da qualunque atto del marito che dimostri volontà di autorizzare (2).

Quanto poi all'autorizzazione tacita, si può facilmente comprendere non essere possibile designare e stabilire tutti i fatti che possono interpretarsi come tacito consenso del marito. È ufficio del magistrato, poichè è questione più che altro di apprezzamento, il determinare se un atto del marito possa o non equivalere ad autorizzazione.

Così fu pronunziato che il marito, il quale ha presenziato la stipulazione del contratto, devesi ritenere che abbia autorizzato; che la semplice sottoscrizione al contratto basta ugualmente a dar la prova dell'autorizzazione, e che la moglie è sufficientemente autorizzata a stare in giudizio quando il marito è parte nella stessa causa (3).

---

(1) Vedi in senso contrario: Pacifici Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile,* libro I, n° 365.

(2) Cassazione di Torino, 5 marzo 1856; Bettini, vol. VIII, 1, 254. In Francia la discussione sulla validità della autorizzazione data verbalmente ha una speciale importanza per la disposizione dell'art. 217 del Codice civile, il quale richiede espressamente che l'autorizzazione venga data per iscritto.

(3) Purchè naturalmente non vi sia opposizione di interessi. Vedi Cassazione di Torino 13 luglio 1852. Bettini, IV, 1, 607. Corte di Lucca 23 dicembre 1863; id. XV, 2, 866.

In ordine alla forma dell'autorizzazione speciale si può chiedere ancora se il marito accordando l'autorizzazione deve pure spiegare quali sono le condizioni del contratto che deve compiere la moglie, e se, in difetto di tale indicazione nell'atto di autorizzazione, la moglie non abbia capacità di contrattare.

Non bisogna dimenticare che l'istituto dell'autorizzazione è di diritto singolare, e quindi che la necessità dell'autorizzazione dev'essere imposta nel modo il meno grave ed il meno restrittivo possibile della capacità della moglie. Il richiedere che il marito, addivenendo all'autorizzazione, spieghi minutamente tutte le modalità dell'atto, sarebbe un voler di più di quanto si deve supporre aver voluto ragionevolmente il legislatore. Questa soluzione poi è tanto più accettabile in quanto che sono implicati gl'interessi dei terzi contraenti, ai quali la moglie dopo di aver contrattato potrebbe sempre opporre l'azione di nullità, col pretesto che il marito non ha dato la sua autorizzazione ad una clausola speciale del contratto. Certamente anche a questo proposito è riservato un apprezzamento all'autorità giudiziaria, di guisa che, nel caso in cui con clausole speciali si venisse ad immutar la natura dell'atto, e mentre il marito, a mo' d'esempio, ha autorizzato la moglie a contrarre un mutuo con ipoteca sopra un fondo determinato, la moglie stipulasse una vera vendita del fondo stesso, in tal caso l'atto dovrebbe dichiararsi nullo per mancanza di autorizzazione. Sta però sempre la regola generale che l'autorizzazione non ha bisogno, per essere valida, di riflettere tutte le singole condizioni del contratto, ed in tal senso ebbe occasione di pronunziarsi anche la giurisprudenza (1).

---

(1) Cassazione di Torino, 20 luglio 1859; BETTINI, XI, 1, 701.

È adunque una vera autorizzazione speciale, sebbene non contenga specificate le condizioni del contratto, quella in cui sia stato autorizzato un atto determinato sopra un oggetto pure determinato, ed è perciò valida l'autorizzazione stessa, ancorchè non sia stata data per mezzo di atto pubblico (1).

II. Autorizzazione generale. — Nello stesso modo che, resa impossibile la proposta di radiare dal progetto del Codice presentato dalla Commissione senatoria la istituzione dell'autorizzazione maritale, la Commissione coordinatrice dovette accontentarsi di restringerla ad alcuni casi espressamente determinati in modo tassativo, così, invece della proposta stata fatta in seno alla Commissione coordinatrice di accordare ai coniugi la facoltà di stipulare nel contratto di matrimonio la deroga alla necessità dell'autorizzazione maritale, fu ventura se si è potuto ottenere che fosse ammessa la possibilità dell'autorizzazione in genere.

Fu censurato un tale spediente, e forse non senza fondamento.

Posto che il marito debba coll'autorizzazione pronunziare un giudizio nell'interesse della famiglia, tale giudizio, il quale si fonda il più delle volte sulla opportunità o meno di addivenire ad un dato contratto, è reso impossibile quando, invece di un'autorizzazione volta per volta, il marito può autorizzare in genere.

Fu detto altresì che, essendo l'autorizzazione generale per espressa disposizione di legge rivocabile, i diritti dei terzi contraenti colla moglie, possono essere troppo facil-

(1) Il prof. Bianchi (op. citata, volume II, pag. 265) sostiene che in tal caso vi è una autorizzazione *in genere* e quindi che deve essere data per mezzo di atto pubblico.

mente compromessi dall'azione di nullità che compete alla moglie stessa.

In fatto non si può negare che l'autorizzazione in genere non è sempre atta a raggiungere lo scopo che il legislatore si propone coll'autorizzazione, tuttavia è questa una contraddizione che trova la sua spiegazione nella natura, per così dire, transitoria della nostra legislazione in proposito. Quanto ai terzi, non è men vero che ad essi incombe di informarsi della capacità della moglie contraente. Essi, i quali conoscono che la moglie è autorizzata in genere, debbono cercar di sapere, procurando ove occorra anche l'intervento del marito, se l'autorizzazione duri tuttavia o sia stata rivocata.

Del resto, è indubitato che anche l'autorizzazione speciale può essere rivocata, e quindi sussisterebbe anche, riguardo ad essa, il medesimo inconveniente ed il medesimo pericolo.

L'autorizzazione generale non può avere che una sola forma, od almeno sotto la sola forma dell'atto pubblico è valida ed opponibile. In essa la moglie può essere autorizzata a donare, alienare, contrarre mutui, a fare insomma tutti gli atti per cui all'articolo 134 è richiesta l'autorizzazione, oppure a compierne soltanto alcuni.

Ritengasi però, come si è già osservato, che se l'atto autorizzato si riferisce ad un oggetto speciale, quantunque l'autorizzazione sia stata data senza determinazione delle condizioni del contratto deve considerarsi come speciale, e quindi non si richiede l'atto pubblico alla sua validità.

ARTICOLO 3.

Tempo in cui l'autorizzazione è necessaria.

Evidentemente l'autorizzazione dev'essere per regola generale accordata prima della stipulazione dell'atto per cui è richiesta o contemporaneamente all'atto stesso, e ciò sia che si tratti di autorizzazione speciale che di autorizzazione generale.

Discutesi però sugli effetti dell'autorizzazione posteriore. Alcuno insegna che, essendo la nullità dell'atto opponibile dal marito e dalla moglie, benchè il marito coll'autorizzazione posteriore rinunzi alla sua azione, se non vi ha rinunziato la moglie, essa può sempre opporre la nullità, malgrado la intervenuta autorizzazione del marito (1).

Si può tuttavia osservare che la nullità degli atti non autorizzati, come quella che non può opporsi, da ambedue i contraenti è per sua natura relativa e non assoluta. L'atto compiuto dalla moglie adunque sussiste, sebbene manchi alla sua validità una condizione che non è dipendente dalla volontà della contraente. Se tale condizione sopravviene, l'atto rimane completo e quindi valido (2).

È da osservarsi inoltre che siccome la necessità dell'autorizzazione è determinata non da incapacità della donna, ma dall'interesse della famiglia, di cui si fa giu-

---

(1) BIANCHI, op. cit., II, 630. - MERLIN, *Repertoire, Autorisation maritale*, section VI, § 3°, n° 2. - DURANTON, tomo II, n° 517.

(2) MARCADÉ, art. 225, § 1°, n° 749.

dice speciale il marito, così non si può dire che al marito spetti un'azione di nullità diversa per natura da quella della moglie.

Il diritto di promuovere l'azione di nullità spetta alla moglie fintantochè manca l'autorizzazione del marito, e quindi è possibile che l'atto sia contrario all'interesse della famiglia. Ma se l'autorizzazione interviene, allora l'utilità dell'atto è riconosciuta, e quindi cessa ogni ragione di impugnarlo.

L'alinea dell'articolo 134 dispone espressamente che l'autorizzazione generale concessa dal marito può essere rivocata. Ciò non toglie però che anche l'autorizzazione speciale possa essere rivocata, potendo avvenire benissimo che tra la conceduta autorizzazione e la stipulazione dell'atto cambiassero le circostanze, ed un atto che prima appariva utile, venga in seguito a dimostrarsi dannoso.

Il tempo utile alla revoca dell'autorizzazione dura finchè l'atto per cui questa fu concessa non è compiuto, e se si tratta di autorizzazione generale, la revoca è efficace soltanto per gli atti che non furono ancora compiuti dalla moglie.

Quanto alla forma poi, posto che per natura propria dell'atto la revoca deve essere espressa, può però venire espressa in qualunque modo e quindi anche verbalmente, purchè possa accertarsi l'esistenza della revoca e l'epoca in cui è avvenuta, onde eliminare la possibilità di frodi e di collusioni a danno dei terzi, che hanno contrattato colla donna maritata.

Articolo 4°.

Eccezioni alla necessità dell'autorizzazione.

Nel progetto senatorio, il quale, come si è già osservato, seguitava il sistema rigoroso dell'autorizzazione improntato alla legislazione francese, leggevasi la disposizione analoga a quella degli articoli 221 e 222 del Codice Napoleone, in forza della quale, allorchè il marito fosse incapace, richiedevasi l'autorizzazione del Tribunale. La Commissione coordinatrice fece un passo di più nella via che conduce alla assoluta indipendenza giuridica della moglie, e venne nella determinazione di accordare ad essa il libero esercizio della sua attività giuridica alloraquando il marito è incapace, ed in altri due casi determinati.

Fu adunque stabilito in primo luogo che l'autorizzazione maritale non è necessaria quando il marito è minore, interdetto, assente o condannato a più di un anno di carcere durante l'espiazione della pena.

È chiara la ragione per cui non è richiesta l'autorizzazione quando il marito è minore di età. Sarebbe invero un assurdo se il marito, il quale per gli interessi suoi ha bisogno di un curatore, potesse poi imporre il suo criterio in ordine agli interessi della moglie.

La stessa ragione giustifica l'eccezione in favore della moglie dell'interdetto, ed è pure naturale che non abbisogni di autorizzazione la moglie dell'assente, essendo questi nella impossibilità materiale non pure di conoscere

quali atti siano convenienti o meno all'interesse della famiglia, ma perfino di prestare il consenso.

Finalmente colui che è condannato a più di un anno di carcere, si trova durante un considerevole lasso di tempo diviso dalla famiglia, e perciò incapace di conoscerne i bisogni.

Non è a tacere però a questo riguardo che sarebbe stato assai più ragionevole il non limitare l'esenzione dall'autorizzazione in favore della moglie del condannato, al solo tempo per cui dura la espiazione della pena.

Forse si sarebbe potuto partire da una pena più grave, ad esempio, dal *maximum* del carcere o delle pene criminali; si sarebbe anche potuto fare una eccezione per alcuni reati, ma certamente non può negarsi essere per lo meno sconveniente ed anzi pericoloso che, ad esempio, un marito condannato per truffa o furto o grassazione si consideri come arbitro degli interessi della famiglia dopo che egli ha scontato la pena.

Un'altra gravissima questione sorge nell'applicazione dell'articolo 135.

Si tratta di stabilire se la enumerazione delle incapacità contenuta nell'articolo stesso, al n° 1, debba ritenersi come tassativa, oppure come soltanto dichiarativa.

Dovrassi ritenere che i soli casi di incapacità che rendono la moglie libera dalla necessità di autorizzazione siano quelli enumerati e specificamente indicati, o non piuttosto che alle incapacità civili ivi indicate si debbono aggiungere tutte le incapacità naturali che possono colpire il marito e rendano impossibile la manifestazione del suo consenso? La tassatività fu sostenuta con gran copia di argomenti, non tali però che non ammettano risposta.

Dicesi adunque in favore della tassatività che l'art. 135 costituisce una vera eccezione alla regola generale della

autorizzazione, e che nella sua qualità di disposizione eccezionale deve interpretarsi restrittivamente. Si aggiunge che posto valessero le incapacità naturali non indicate nell'articolo 135, ad esimere la moglie dalla autorizzazione, bisognerebbe che di tali incapacità e della loro sufficiente gravità si rendessero giudici i terzi contraenti (1).

Puossi tuttavia osservare non essere vero che l'art. 135 contenga una disposizione di diritto eccezionale. L'eccezione vera al diritto comune, alla capacità giuridica delle persone si trova nell'articolo 134, il quale restringe la libertà di contrattare della moglie.

L'articolo 135 non fa che ritornare alla prima regola generale, cioè alla libertà della proprietà ed alla facoltà illimitata di contrattare, non è adunque una disposizione di diritto eccezionale, ma bensì di diritto comune.

Che poi i contraenti non debbano essere costretti a fare un giudicio sulla incapacità naturale del marito, è una osservazione di pura convenienza. Così avverrà forse che nascano dei dubbi in coloro che devono contrattare, che siano obbligati ad assumere precise informazioni sullo stato del marito, e forse che non essendo sicuri non stipulino il contratto. Di tali evenienze però non deve preoccuparsi l'interprete. Scopo delle disposizioni che si stanno esaminando è di tutelare gli interessi della moglie e della famiglia, nulla dunque deve importare se anche i terzi contraenti possono soffrire qualche danno, purchè sia salvo l'interesse della famiglia.

Del resto i terzi liberi di contrattare e pienamente capaci hanno mille mezzi di premunirsi, astenendosi in ogni caso dal contratto, ed infine, ove la moglie volesse ingiustamente muovere l'azione di nullità, essi possono di-

---

(1) Bianchi, op. cit., II, 636.

mostrare che all'epoca del contratto il marito mancava della capacità naturale di prestare il consenso.

Si noti inoltre che anche al n° 3 dell'articolo 135 è accennata una condizione speciale non del marito, ma della moglie, la quale richiede un apprezzamento da parte del terzo contraente. La qualità di commerciante risulta da un complesso di atti, i quali possono anche non essere noti al terzo, e sui quali egli deve quindi informarsi prima di essere certo di potere liberamente contrattare colla moglie. La moglie dopo il contratto potrà sempre contestare di essere commerciante, e toccherà al contraente di provare che veramente al tempo del contratto la moglie esercitava la mercatura.

Come si vede, la posizione del terzo contraente è la medesima, ed è creata da una espressa disposizione della legge.

Se non che a dimostrare la estensività dell'interpretazione si possono fare ancora altre notevoli osservazioni. Posto che nei casi di incapacità naturale del marito la moglie non abbia la libera disponibilità de' suoi beni, quale sarà il partito a cui essa dovrà appigliarsi? L'autorizzazione del marito non è possibile, perchè si suppone appunto che il marito non sia capace ad accordarla, cioè sia lontano od imbecille senza essere interdetto. La moglie non può ricorrere al Tribunale, perchè tale eventualità non è compresa nella enumerazione dell'art. 136, enumerazione che, per la stessa ragione propugnata dagli avversari, deve essere considerata come tassativa. La moglie adunque non potrà compiere l'atto e non potrà ottenere l'autorizzazione. Pure può darsi che si tratti di un atto veramente utile alla famiglia, di un atto anche indispensabile alla sua conservazione, e ciò malgrado, la moglie non avrà e non potrà avere capacità per contrat-

tare. A tale assurdo non si può supporre che abbia voluto arrivare il legislatore, e per conseguenza devesi ritenere la enumerazione contenuta nel n° 1 dell'art. 135 come semplicemente dichiarativa e non già come rigorosamente tassativa.

Risolta per tal modo la questione preliminare, rimangono facilmente tolte di mezzo molte altre controversie che si possono sollevare soltanto ove si consideri la enumerazione come tassativa.

Così dovrassi ritenere che la moglie dell'inabilitato non abbia necessità dell'autorizzazione, come non ne abbia necessità la moglie del demente, dell'imbecille, dell'incapace sotto qualunque aspetto. Rimarrà pur dimostrato che sebbene si tratti di un'assenza soltanto presunta, anzi di una lontananza che non abbia ancora assunto il carattere di assenza, la moglie non avrà neppure bisogno di autorizzazione.

In secondo luogo la moglie non ha necessità di essere autorizzata quando sia legalmente separata dal marito, oppure eserciti la mercatura. Quanto al caso di separazione, le parole stesse della legge indicano quali sono gli estremi, affinchè la moglie abbia la libera disponibilità dei suoi beni. La separazione deve essere legale, e quindi una semplice separazione di fatto fra i coniugi non avrebbe alcun effetto riguardo alla capacità della moglie. Deve poi la separazione essere pronunciata *per colpa del marito.*

Quanto al caso in cui la moglie eserciti la mercatura, devesi osservare che l'esercizio della mercatura per parte della donna maritata è soggetta dalle disposizioni del Codice di commercio ad alcune speciali condizioni.

La donna maritata, a tenore dell'art. 7 Codice di commercio, non può essere commerciante senza il consenso

espresso o tacito del marito. L'art. 8 dello stesso Codice dichiara poi che non è riputata commerciante la moglie quando vende al minuto le merci del traffico del marito, ma soltanto quando esercita un commercio separato.

Oltre a queste disposizioni però, che entrano nel sistema generale seguito dal legislatore italiano, altre se ne contengono nel Codice di commercio, le quali mentre costituiscono una duplicazione di disposizioni contenute nel Codice civile, possono dar origine a gravi questioni e fanno lamentare la mancanza del principio di unità nelle attuali disposizioni legislative. Di vero, il Codice di commercio dopo di avere disposto, all'art. 8, primo capoverso, che la moglie commerciante può senza autorizzazione stare in giudizio e contrarre obbligazioni per tutto ciò che concerne il suo commercio, dispone all'art. 9 che la moglie commerciante può, senza autorizzazione, *dare a pegno, ipotecare ed alienare i suoi beni immobili*. Ora è facile osservare che l'art. 134 del Codice civile enumera ben altri atti oltre all'alienazione ed ipoteca di beni immobili. Quindi, stando al disposto dell' art. 135 Cod. civile, la moglie commerciante può compiere validamente tutti gli atti stessi, mentre secondo l'art. 9 del Codice di commercio non può compiere che il contratto di pegno, l' alienazione e l' ipoteca d' immobili.

A norma di quanto dispone l'art. 8 Codice di commercio, le altre obbligazioni pare che possano soltanto essere liberamente contratte dalla moglie quando si riferiscono al suo commercio, invece stando alla locuzione del Codice civile, la moglie ha la libera facoltà di obbligarsi per qualunque causa anche non commerciale.

Trattandosi di limitazioni alla capacità giuridica, nel caso di conflitto tra due disposizioni di legge, la soluzione deve essere razionalmente la più favorevole alla capacità

della moglie, perciò è da ritenere che una volta accertata la qualità di commerciante della moglie, essa abbia libera facoltà di addivenire, senza autorizzazione, a tutti gli atti designati nell'art. 134, sieno o non relativi all'esercizio del suo commercio.

Sezione Seconda.

Autorizzazione Giudiziale.

La legge contempla tre casi speciali in cui a vece dell'autorizzazione del marito, richiede l'autorizzazione del Tribunale.

Questi tre casi si verificano: 1° Quando il marito ricusi l'autorizzazione; 2° Quando siavi opposizione d'interesse tra i coniugi; 3° Quando la moglie sia legalmente separata per sua colpa o per colpa sua e del marito, o per mutuo consenso.

Notisi però che l'autorizzazione giudiziale è sostituita all'autorizzazione maritale e che soltanto è necessaria in quei casi in cui si richiede l'autorizzazione maritale a norma dell'art. 134. Ciò venne rilevato altresì nella discussione avvenuta in seno alla Commissione coordinatrice, la quale deliberava (1) che il marito, *quando l'autorizzazione è richiesta*, non sia inabile ad autorizzare la moglie per i suoi beni parafernali fuorchè nel solo caso in cui egli abbia nell'atto stesso un interesse attuale in opposizione all'interesse della moglie.

---

(1) Proc. verbali, n° 16, seduta 2 maggio, n° 4.

È dunque ben certo che sebbene vi sia opposizione di interessi, se non trattasi di uno di quegli atti che sono enunciati nell'art. 134, o se pur trattandosi di tali atti, la moglie è commerciante, o legalmente separata dal marito per colpa di questi, o se il marito è incapace, la moglie può addivenire a qualunque atto senza bisogno di autorizzazione. Ciò posto scendiamo all'esame speciale dei tre casi in cui si richiede l'autorizzazione giudiziale, per esaminare in seguito la forma dell'autorizzazione e il tempo in cui deve essere ottenuta.

(a) *Casi in cui è necessaria l'autorizzazione giudiziale.*

1° Il rifiuto del marito a concedere l'autorizzazione nei casi in cui è richiesta dalla legge, può essere causato dalla sua reale e coscienziosa persuasione che l'atto a cui la moglie vuole addivenire non sia utile alla moglie ed alla famiglia, ma può anche essere dettato da puro spirito di contraddizione e da capriccio. Nel primo caso, poichè il marito può errare, è giusto che la moglie proprietaria dei beni, a cui è già stata ristretta la capacità giuridica di disporne, possa trovare nel giudizio dell'autorità un rimedio all'errore del marito. Nel secondo caso poi l'autorizzazione giudiziale riesce di freno alle cattive intenzioni del marito.

Posto adunque che si debba accogliere il sistema dell'autorizzazione, ne consegue logicamente che quando il marito rifiuta vi debba essere un'autorità che intervenga a giudicare qual partito debbasi adottare nell'interesse della famiglia.

2° Non pare tuttavia ugualmente giustificato il secondo caso in cui è richiesta dalla legge l'autorizzazione del Tribunale.

Di vero l'opposizione d'interesse non si può considerare come un rifiuto del marito ad addivenire all'autorizzazione, ma piuttosto come una incapacità di esso a prestarla. Avendo il marito un interesse opposto, il legislatore suppone naturalmente che il suo consenso dipenderà dall'essere l'atto che si vuol compiere dalla moglie, in suo favore od a suo danno, insomma si può dire che l'interesse del marito è paragonabile ad un ostacolo morale, ad un'incapacità che gl'impedisce di giudicare nell'interesse della moglie e della famiglia.

Se adunque l'opposizione d'interesse è paragonabile ad una incapacità, ne dovrebbe scendere per logica conseguenza che la moglie riacquistasse l'intiera sua capacità giuridica, nello stesso modo che l'acquista in forza del n.° 1 dell'art. 135.

Inoltre è da notare che nell'atto che si vuol compiere può darsi che sia leso piuttosto l'interesse del marito che non quello della moglie. In tal caso l'autorizzazione giudiziale non può avere nessuna utilità, a meno che non sia per proteggere il marito, il quale ha piena capacità giuridica e non ha d'uopo di autorizzazione per rinunciare a qualunque suo diritto. Infine se si prende ad esaminare la ragione per cui si sostiene utile l'autorizzazione giudiziaria quando vi è opposizione d'interesse fra i coniugi, è facile persuadersi della mancanza assoluta di razionale fondamento. Leggesi difatti nella relazione senatoria (1): « Tolta la necessità di un intervento tu-
« torio del giudice, quando si trattasse di affari nei
« quali il marito avesse interesse, col pretesto di emanci-
« pare la donna la si farebbe schiava dei capricci di un
« marito scialaquatore o speculatore arrischiato. La moglie

(1) Pagina 52.

« convivente nulla potrà ricusare ad un marito il quale
« domandi d'impegnare i suoi beni ed il suo nome, quando
« non abbia più il riparo della necessità di far esaminare
« dal giudice la convenienza dell' impegno. Posta nel
« bivio di sacrificare il suo patrimonio ed anche l' avve-
« nire de' suoi figli o di perdere la pace domestica, la
« moglie si rassegnerà sempre al sacrifizio ».

Ora, il voler argomentare dal caso specialissimo di un marito il quale posponga tutte le relazioni famigliari e l'affetto della moglie ai proprî vizi, non contiene di per sè una gran forza di ragionamento. Ma v'ha di più: col sistema dell'autorizzazione giudiziale non si può ovviare a tale pericolo: o la sostanza della moglie è mobiliare, ed allora essa può, nella maggior parte dei casi, alienarla validamente, senza bisogno di autorizzazione, anche a favore del marito; o la sostanza è immobiliare, ed allora può alienare i fondi coll'autorizzazione del marito, e quindi spendere a favore del marito stesso il prezzo ricavato dall'alienazione.

Adunque, se l'autorizzazione giudiziaria, in caso di opposizione d'interessi fra i coniugi, non raggiunge lo scopo per cui venne istituita, riesce manifesto come non vi sia necessità d'imporla, e come sarebbe assai più giusto e più logico lasciare alla moglie in tale eventualità la sua intiera capacità giuridica.

Tuttavia, poichè la legge è scritta in tal modo e l'autorizzazione giudiziaria è imposta, converrà, scendendo alla interpretazione, esaminare quando siavi opposizione d'interessi nel senso richiesto dal legislatore.

Primieramente è necessario che il marito abbia *interesse* nell'atto che si vuol compiere dalla moglie. Non è nemmen d'uopo l'osservare che la parola *interesse* si riferisce unicamente agl'interessi patrimoniali, e quindi un semplice

interesse morale del marito non basterebbe, tanto più che l'interesse morale del marito per tutti gli atti che sono compiuti dalla moglie è già senza dubbio esistente per causa del vincolo famigliare. Secondo il progetto senatorio, il semplice *interesse* del marito sarebbe bastato per richiedere l'autorizzazione giudiziale. Ed anche a questo riguardo la Commissione coordinatrice spiegò la sua azione nel senso liberale e progressivo, ma, non potendo ridurre ai veri princìpi tutto il sistema, dovette accontentarsi di contendere qualche palmo di terreno al sistema delle restrizioni. L'autorizzazione giudiziale adunque non fu dichiarata necessaria se non quando siavi *opposizione* di interesse, e non soltanto *interesse* del marito.

Perciò tutte le volte che i coniugi avranno, non un interesse opposto, ma un interesse comune, l'autorizzazione giudiziale non devesi credere necessaria.

In omaggio appunto a tale principio fu giudicato che la moglie non ha bisogno dell'autorizzazione giudiziale per obbligarsi col marito a provvedere ai bisogni della famiglia, cui sono i coniugi, pel fatto del matrimonio, tenuti in comune [1]; e che non vi è nemmeno opposizione d'interesse quando i due coniugi contraggono un'obbligazione solidaria verso un terzo nell'interesse comune [2].

Si fece questione altresì se sia necessaria una opposizione di interesse *attuale* o se basti anche la *eventuale* onde rendere necessaria l'autorizzazione giudiziale.

In base all'espressione contenuta nel verbale n° 16, § IV, della Commissione coordinatrice più sopra citato, che ac-

---

(1) Corte di Cassazione di Torino, 6 giugno 1873; *Giurisprudenza* di Torino, vol. X, p. 535.

(2) Cassazione di Firenze, 9 gennaio 1874; *Annali di giurisprudenza italiana*, VII, 1, 7. Corte d'Appello di Torino, 2 giugno 1873; *Giurisprudenza* di Torino, X, 513.

cenna ad una opposizione *attuale,* la giurisprudenza, che ebbe da principio giudicati nell'uno e nell'altro senso, pare che siasi ora fermata nel senso che non basti la opposizione *eventuale,* ma si richiegga l'*attuale.* Così fu giudicato che l'obbligazione solidaria del marito e della moglie può essere contratta senza bisogno di autorizzazione, perchè, se può avvenire che la moglie, la quale abbia intieramente soddisfatto il debito, debba a sua volta azionare il marito in giudizio pel rimborso, tale eventualità non costituisce *attuale,* ma soltanto *eventuale* opposizione [1]; e fu pure giudicato che la moglie può rendersi fideiussore del marito verso un terzo senza uopo di autorizzazione giudiziale [2].

Per quanto però si possa essere inchinevole a concedere piena libertà e capacità giuridica alla donna, e quindi debba rallegrarci l'applicazione di tali princìpi che venga fatta dai giudici, non puossi nascondere che, stando alla ragione, buona o cattiva, che indusse il legislatore a richiedere l'autorizzazione giudiziale, lo scopo proposto viene in gran parte frustrato, limitando i casi di opposizione d'interesse alla opposizione *attuale.* Giova inoltre osservare che forse si è data troppa importanza alle parole del verbale della Commissione coordinatrice, poichè non vi fu discussione a tale riguardo. Nondimeno, poichè con tale interpretazione della legge si rende indirettamente omaggio ai princìpi di libertà, giova applaudire al risultato, quantunque raggiunto *contra rationem iuris.*

3° Il terzo caso in cui è richiesta l'autorizzazione giudiziale può sino ad un certo punto giustificarsi quando

---

(1) Citata sentenza, Cassazione di Firenze, 9 gennaio 1874.
(2) Cassazione di Napoli, 12 giugno 1875. *Gazzetta dei Tribunali* di Napoli, XXVII, 425.

si tratti di separazione per colpa sola della moglie. In tal caso la condotta della moglie può far temere che essa non sia per fare spreco della sua sostanza, e la necessità dell'autorizzazione si può considerare anche come una specie di penalità per la colpa che ha dato luogo alla separazione.

Invece la necessità dell'autorizzazione giudiziale è meno giustificabile quando la separazione fu pronunziata per colpa di amendue i coniugi, massime quando non vi sia prole di cui si possa temere che siano violati gl'interessi.

Lo stesso può dirsi quando la separazione è avvenuta per mutuo consenso, tanto più che in tal caso l'avere il marito acconsentito alla separazione, può considerarsi come un riconoscimento di colpa anche dal suo canto.

(b) *Forma dell'autorizzazione giudiziale.*

L'unica disposizione riguardante la forma dell'autorizzazione giudiziale che si contenga nel Codice civile è quella del capoverso dell'articolo 136, in cui è disposto che il tribunale non può concedere l'autorizzazione se il marito non fu sentito o citato a comparire in camera di consiglio, salvi i casi di urgenza.

La ragione per cui si trova isolata questa disposizione nel Codice civile deve riporsi forse non tanto nella importanza che può avere la esplorazione della volontà del marito, quanto in ciò che nell'articolo 144 del progetto senatorio, che fu sottoposto all'esame della Commissione coordinatrice, erano contenute altre disposizioni di forma, e così accennavasi al mezzo di chiedere l'autorizzazione, cioè al ricorso, ed al tribunale a cui doveva proporsi la domanda. Tali disposizioni vennero dalla Commissione coordinatrice tolte dal testo dell'articolo, e rimase così

quella sola di cui nel capoverso dell'articolo 136, la quale dovrebbe regolarmente esser posta nel capo 2, titolo IV, libro III del Codice di procedura civile, ove si leggono le altre disposizioni relative allo speciale procedimento richiesto onde ottenere l'autorizzazione della donna maritata.

(c) *Tempo in cui deve essere ottenuta l'autorizzazione giudiziale.*

Basta accennare che l'autorizzazione giudiziale non può, come la maritale, essere contemporanea all'atto per cui l'autorizzazione è richiesta. Deve quindi naturalmente essere anteriore all'atto stesso. L'autorità giudiziaria, la quale ha da pronunziare sulla utilità di un atto, deve prendere informazioni, deve anzi, a termini dell'articolo 136, sentire il marito: per ciò si richiede un tempo considerevole.

Posto adunque che l'autorizzazione giudiziale non possa essere contemporanea, potrà essere posteriore all'atto, come allorquando si tratta di autorizzazione maritale?

La questione si è agitata e discussa con gran copia di argomenti in Francia, e si è riprodotta fra noi, forse non osservando che nel nostro sistema di legislazione la controversia assume un carattere assai diverso. È necessario prima di tutto distinguere caso da caso. Quando si tratti di un atto per cui fin da principio la moglie avrebbe dovuto ottenere l'autorizzazione giudiziale (opposizione di interesse, separazione per colpa comune), allora è naturale che, se dopo conchiuso l'atto la moglie ricorre al tribunale e ne ottiene l'autorizzazione, l'atto è completamente sanato.

Si possono ripetere qui gli argomenti già fatti valere trattando della questione analoga in ordine all'autorizza-

zione maritale. La nullità non può essere opposta che dalla moglie o dal marito. La moglie si sarebbe chiusa la via ad eccepire la nullità chiedendo l'autorizzazione al tribunale. Il marito non può egualmente eccepire la nullità, perchè in tanto ha l'azione in quanto manca l'autorizzazione del tribunale, che è giudice dell'interesse della famiglia nei casi in cui è richiesta l'autorizzazione giudiziale.

Intervenuta l'autorizzazione, è pure stabilito in modo inconcusso quale sia l'interesse della famiglia, e contro il pronunziato del tribunale il marito non può opporsi, perchè egli è tutore, non arbitro, dell'interesse stesso.

Poniamo invece che all'atto compiuto dalla moglie fosse necessaria l'autorizzazione del marito e non quella del tribunale; poniamo che la moglie voglia ratificare quell'atto, chieda l'autorizzazione al marito e questi rifiuti; che sul rifiuto del marito ricorra ed ottenga l'autorizzazione giudiziale; in tal caso si chiede se al marito continui a spettare il diritto di proporre l'azione di nullità. La soluzione della questione dipende dal concetto che informa la legge.

Secondo il Codice francese l'autorizzazione non è istituita soltanto per la tutela degli interessi della famiglia, ma altresì come un segno di omaggio e dipendenza della moglie verso il marito; si comprende quindi la preoccupazione che hanno i commentatori francesi pel diritto speciale competente al marito di opporre l'azione di nullità, diritto che diversificano da quello della moglie.

Secondo la legge italiana invece, abbandonata, come fu già detto, la esigenza di un atto di ossequio della moglie verso il marito, l'autorizzazione è ritenuta unicamente come salvaguardia nell'interesse della famiglia; il diritto del marito di opporre la nullità, in tanto esiste in quanto

è conforme all'interesse famigliare, e cade quando è accertato che l'interesse della famiglia non è conforme a quanto il marito e la moglie vorrebbero sostenere.

Appena occorre, infine, di osservare che l'autorizzazione giudiziale non è come l'autorizzazione maritale rivocabile. L'art. 802 del Codice di procedura civile segna i soli mezzi che abbiano il marito e la moglie onde fare riparare il giudicato del Tribunale, l'appello cioè con ricorso alla Corte. Trascorso il termine utile ad appellare, o pronunciata la sentenza di appello, l'autorizzazione rimane definitivamente ed irrevocabilmente accordata o negata. Ciò però non toglie che verificandosi nuove circostanze di fatto, la moglie possa nuovamente ricorrere e far riconoscere l'utilità di un atto che prima non era stato autorizzato.

Sezione Terza.

Nullità derivante dal difetto di autorizzazione.

L'effetto della mancanza di autorizzazione è la nullità dell'atto contratto senza dell'autorizzazione stessa. — Sarà quindi nullo l'atto contrattuale stipulato dalla moglie, sarà nulla la sentenza pronunciata contro la moglie, che non fosse autorizzata a contrattare ed a stare in giudizio. Anzi devesi dire nulla la citazione della moglie quando l'attore non abbia, come è suo obbligo, fatto citare il marito per l'autorizzazione. Questa nullità però non è assoluta, cioè non può essere opposta da chiunque vi abbia

interesse, ma può solamente essere invocata da persone che sono dalla legge determinate. Il criterio per stabilire quali persone debbano razionalmente essere dalla legge autorizzate ad opporre la nullità, deve trovarsi nei motivi stessi che hanno indotto il legislatore a stabilire l'autorizzazione. Ora siccome l'unico motivo che vien dato all'istituto dell'autorizzazione si è la tutela dell'interesse della famiglia, sarà necessario che la facoltà di opporre la nullità spetti a coloro cui spetta la tutela degli interessi famigliari.

Vediamo se l'art. 137 abbia tenuto conto del criterio come sopra stabilito.

Non v'è dubbio che il marito abbia qualità a sollevare l'azione di nullità, e si comprende che alla moglie spetti l'azione di nullità, quantunque abbia essa stessa contratta l'obbligazione giacchè è nell'interesse della famiglia e non nel proprio che essa è autorizzata a sciogliere quei legami che ha volontariamente contratti. — Egli è però assai difficile giustificare la facoltà che fu accordata agli eredi ed aventi causa della moglie.

Di vero, cominciando dagli eredi pare che stando al criterio suaccennato, si avrebbe dovuto fare una distinzione. Se gli eredi sono i discendenti stessi della moglie, allora si comprende che abbiano diritto di opporre la nullità, perchè sono direttamente interessati essi stessi per ciò che riguarda l'interesse della famiglia di cui fanno parte.

Ma può darsi che gli eredi della moglie non facciano parte della famiglia, ed allora non si sa veramente comprendere, con qual ragione si possa attribuire ad estranei il diritto di procurare lo scioglimento di un contratto che fu compiuto da una persona pienamente capace intellettualmente di contrattare, e che la legge sottopose alla ne-

cessità dell'autorizzazione non per altro motivo che per l'interesse della famiglia.

Fra le persone aventi diritto ad opporre la nullità in questione, non erano dal Codice francese (art. 225) e dal Codice Albertino annoverati, che il marito, la moglie ed i loro eredi. Nella compilazione del Codice italiano si cominciarono a togliere dal novero gli eredi del marito, seguendo quanto era stato osservato dalla dottrina francese che aveva riconosciuto non esservi ragione di accordare loro una tale facoltà (1).

Rimaneva però una grave questione di interpretazione sollevata dai commentatori francesi, se cioè i creditori della moglie potessero opporre la nullità (2): e da essi risolta in vario senso.

A risolvere la questione nell'art. 137 del Codice italiano si aggiunsero espressamente le parole: *gli aventi causa*. Quello che si disse degli eredi estranei, pei quali non v'è ragione di accordar loro l'azione di nullità, si deve dire a fortiori degli aventi causa dalla moglie.

Eccettuate le persone tassativamente indicate nell'articolo 137 nessun'altra può ammettersi ad opporre la nullità per difetto di autorizzazione. — Così non potrà essere opposta dal fideiussore, giacchè trattandosi di una obbligazione non radicalmente nulla, ma solamente annullabile in forza di una eccezione personale alla moglie la fideiussione è valida e sussistente in base all'art. 1899 del Codice civile.

Tenendo sempre come guida lo scopo dell'autorizzazione si risolvono facilmente alcune altre controversie che si sol-

---

(1) DALLOZ, *Répertoire de jurisprudence*, v° *Mariage*, n° 939.- DEMOLOMBE, t. IV, n° 342.

(2) DALLOZ, *Rép.*, v° *Mariage*, n° 939. - MERLIN, *Quest. de droit*, v° *Hipothèque*, § 4°, numeri 4, 5. - DURANTON, t. 2, n° 512.

levano in ordine agli effetti delle obbligazioni contratte dalla moglie senza l'autorizzazione stessa. Così se il legislatore ha voluto tutelare gli interessi della famiglia, non volle con ciò permettere che la moglie potesse arricchirsi a scapito altrui, perciò una volta contratta un'obbligazione senza autorizzazione, la moglie non può costringere il contraente ad adempirla senz'altro, e riservarsi in ogni caso il diritto di impugnarne la validità per difetto di autorizzazione. L'obbligato ha diritto di negare l'adempimento qualora colla posteriore autorizzazione o del marito, o giudiziale, secondo i casi, non si venga a convalidare o ratificare quella obbligazione che può essere quandochessia annullata dietro la domanda della moglie stessa.

Inoltre, se, per esempio, la moglie ha già ricavato un vantaggio dall'adempimento dell'obbligazione di cui domanda l'annullamento, il contraente se non può opporsi a che sia dichiarata nulla la obbligazione, può, valendosi dell'azione *de in rem verso*, farsi restituire quanto per fatto suo la moglie ha già lucrato (art. 1307).

Riguardo al tempo in cui devesi istituire l'azione di nullità, primieramente è da notare la disposizione dell'articolo 1300 del Codice civile, il quale espressamente stabilisce che l'azione di nullità degli atti compiuti dalle donne maritate dura cinque anni a partire dallo scioglimento del matrimonio.

Tale disposizione vale naturalmente soltanto per l'azione, ma riguardo alla eccezione si applica la regola: *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* (art. 1307).

La forma infine con cui deve proporsi l'azione di nullità, se si tratta di un atto contrattuale, è la medesima con cui si propongono in ogni caso le proprie ragioni in giudizio; e allora quando si tratti di una sen-

tenza pronunciata contro la moglie senza il contradditorio del marito, l'azione potrà essere proposta coi mezzi ordinari dell'appello dell'opposizione e della cassazione.

Per dare termine alla materia riflettente l'autorizzazione maritale gioverà infine ricordare una questione che si è dibattuta fra i commentatori francesi, e che si discute pure in Italia, sulla circostanza che un terzo di buona fede contratti con una donna maritata la quale sia ritenuta libera o per inganno della donna stessa o per errore.

Vi fu chi sostenne che in caso di inganno l'atto deve considerarsi come valido, perchè la donna non deve potersi approfittare della sua frode (1).

Siccome però la necessità dell'autorizzazione è specialmente imposta nell'interesse della famiglia, non si deve avere riguardo al pericolo della frode, tanto più che il terzo non è tenuto a stare alle semplici allegazioni della donna, ma può assicurarsi prima di contrattare se veramente sia o non libera (2).

Non vale adunque che si opponga il principio *nemo admittitur turpitudinem suam allegans*.

L'interesse della famiglia deve stare sopra tutto, e per essere logici, devesi pronunciare in tal modo: non è questa nè la sola, nè la più grave delle sconvenienze giuridiche ed anche delle immoralità a cui dà luogo il sistema dell'autorizzazione. Ciò non toglie però che la moglie, che ha dolosamente indotto il terzo in errore, sia obbligata al risarcimento dei danni. È però da rigettarsi come inaccettabile l'opinione del Duranton (3), il quale sostiene che, in caso di dolo, il risarcimento più giusto ed

(1) MARCADÉ, art. 225, n° 3.
(2) AUBRY e RAU, in DALLOZ, *Répertoire*, v° *Mariage*, n° 960.
(3) Tom. II, n. 462, 494, 495.

adatto è lo adempimento della obbligazione; poichè è l'interesse della famiglia che richiede la dichiarazione di nullità, salvo ai terzi di far valere a suo tempo l'azione de' danni, azione che però è affatto distinta da quella per l'esecuzione del contratto.

Quando poi la donna creda erroneamente di essere libera, mentre non lo è, non per questo l'errore della moglie potrà pregiudicare gli interessi della famiglia, e quindi il contratto si deve dire ugualmente annullabile ad istanza degli interessati.

CAPO VI.

Condizione giuridica speciale della moglie in ordine alla separazione personale.

Il Codice italiano, dopo di avere stabilito all'art. 150 che la separazione personale può essere domandata per causa di adulterio, al capoverso dell'articolo stesso dispone: non essere ammessa l'azione di separazione per l'adulterio del marito, se non quando egli mantenga la concubina in casa o notoriamente in altro luogo, oppure concorrano circostanze tali che il fatto costituisca un'ingiuria grave alla moglie.

Nella seduta del 25 aprile della Commissione coordinatrice (1) il professore Precerutti: « movendo dal principio dell'uguaglianza tra l'uomo e la donna, quale, « diceva, deve informare la nuova legislazione, sosteneva « non esservi sufficiente ragione per stabilire una differenza riguardo alla domanda di separazione tra il caso « dell'adulterio della moglie e quello del marito, poichè « tanto l'uno che l'altro contengono, in qualunque modo « succedano, quella gravissima offesa che può dare diritto al coniuge di separarsi da chi la fa ».

Malgrado tali osservazioni, a cui non furono opposte,

(1) Processi verbali, n° 10, § 6°.

nè si possono opporre, come dimostrerassi in seguito, valide ragioni, il capoverso dell'articolo 161 del progetto (150 del Codice civile) venne conservato con 7 voti contro 6.

E veramente, se bastasse il consenso di una gran parte dei legislatori antichi e moderni a stabilire che tra l'adulterio del marito e quello della moglie debbasi fare una distinzione nel senso di attenuarne la gravità in favore del marito, certamente questo sarebbe un gravissimo argomento in favore del sistema che fu seguito dall'art. 150 del nostro Codice.

Però, lasciando anche da parte la ragione che facilmente potrebbero invocare a loro favore le donne, quella cioè che le leggi finora furono sempre fatte dai maschi, si può osservare prima di tutto che dalle leggi antiche non si può trarre un valido argomento, come da quelle che sono emanate nel tempo in cui la personalità giuridica della moglie era affatto misconosciuta. Rispetto alle leggi romane, devesi osservare in ispecie che, sebbene negli ultimi tempi la personalità giuridica della donna fosse dalle medesime riconosciuta e protetta, la deplorevole corruzione dei costumi, specialmente delle donne, giustificava forse la maggior severità delle leggi contro di esse in ordine all'adulterio.

Quello che è certo però, si è che il diritto canonico, seguendo le antiche tradizioni del Cristianesimo, il quale ebbe il merito di rialzare prima di ogni altro la condizione morale della donna, tolse ogni differenza tra l'adulterio del marito e quello della moglie, e li considerò ugualmente come circostanze bastevoli ad autorizzare la separazione di toro e di abitazione (1).

(1) *Decret.*, Cap. VI e VII, *De Adulterio et Stupro.*

Il Codice francese, sul quale si modellarono la maggior parte dei Codici moderni, ammise invece la distinzione fra i due adulterii, dapprima per la ammessibilità del divorzio, e anche dopo abolito il divorzio, per la separazione di corpo.

Le ragioni che si adducono per giustificare la distinzione sostanzialmente si riducono alle seguenti. L'adulterio della donna può recare conseguenze gravissime a danno del marito, introducendo nella famiglia figli adulterini; non così l'adulterio del marito. L'adulterio segna un maggior grado di depravazione nella donna, e la opinione pubblica infligge diffatti ad essa una più grave onta: infine, accordando in ogni caso l'azione per separazione alla moglie per l'adulterio del marito, si corre pericolo di aprire troppo facile alla donna di fantasia fervida il mezzo di intentare, fondandole sopra delle semplici sospettose gelosie, cause scandalose contro il marito.

Per quanto speciosi però possano essere tali argomenti, non reggono di fronte ad altre più fondate osservazioni. Il pericolo che la moglie introduca nella famiglia dei figli adulterini non può giustificare per nulla gli estremi speciali richiesti per l'adulterio del marito.

La separazione dei coniugi è ammessa in quanto l'adulterio costituisce la più grave delle infrazioni all'obbligo della fedeltà, fondamento della società coniugale; ora quest'obbligo è infranto tanto per parte del marito che per parte della moglie col semplice adulterio, quindi all'infrazione tanto dell'uno che dell'altro deve tener dietro la medesima sanzione punitiva.

La possibilità che la moglie introduca figli adulterini dipende da un fatto puramente fisiologico che non ha influenza sul grado di malvagità dell'adultera. E dato pure che avesse una influenza sulla malvagità, non si può

sotto verun aspetto giustificare che mentre un solo atto della moglie importa la sanzione della separazione, il marito invece non incorre in tale sanzione se non ha compiuto più volte l'atto stesso, anzi non lo abbia reso quasi abituale a sè col fatto del concubinato. — O l'atto è malvagio, ed allora sia punito anche nel marito, o non è malvagio per sè, e la ripetizione non può farlo diventare riprovevole.

Per essere logici adunque, o l'adulterio del marito non deve mai essere sufficiente per dare luogo a separazione, o deve bastare un atto solo.

In secondo luogo non pare nemmeno che abbia un gran peso l'osservazione che l'adulterio della moglie sia una prova di maggiore depravazione ed anche maggiore sia l'onta che viene alla moglie stessa inflitta. In siffatta materia è assai facile confondere, e considerare la pubblica opinione come effetto della maggiore malvagità dell'atto, mentre in realtà ne costituisce la causa. L'idea che maggiore depravazione siavi nella moglie adultera che non nel marito, è una conseguenza dell'attuale ordinamento famigliare, il quale si risente tuttora degli antichi princìpi, ed a molti riguardi stabilisce una vera inferiorità giuridica e morale della donna rispetto all'uomo. Non sono lontani i tempi in cui per sistema la donna era tenuta in una completa soggezione dal marito, ed in stato di quasi assoluta ignoranza.

L'idea dunque di maggiore depravazione della moglie si può dire piuttosto dipendente da questo stato di soggezione della donna, per cui l'adulterio di essa viene considerato non solo come un atto d'infedeltà coniugale, ma anche come un atto di rivolta contro la sovranità del marito.

Da ultimo è inutile argomentare dalla feconda immaginazione della donna per conchiudere che essa può fa-

cilmente illudersi ed essere indotta ad intentare un'azione di separazione fondata sopra semplici sospetti. È questo un argomento che prova troppo, giacchè bisognerebbe interdire sempre l'azione di separazione alla moglie, essendo possibile in ogni caso che essa sia indotta da quei consigli perfidamente insidiosi che il Pisanelli in seno alla Commissione coordinatrice diceva doversi soprattutto temere a danno della moglie.

La più bella prova del resto che la distinzione tra i due adulterii non è conforme a giustizia sta nella stessa aggiunta che fu votata all'articolo 150, per cui l'adulterio del marito può sotto l'aspetto di ingiuria grave servire alla moglie di ragione sufficiente onde poter chiedere la separazione.

Lo stesso commissario Pisanelli nella Commissione coordinatrice proponeva che fossero tolte le parole che ora si leggono nell'articolo 150, *oppure concorrano circostanze tali per cui il fatto costituisca ingiuria grave.* La ragione era abbastanza chiara, perchè essendo le ingiurie gravi già considerate nella prima parte dell'art. 150 come causa di separazione, non vi era ragione per ripetere la stessa causa nel secondo capoverso.

Tuttavia l'aggiunta fu conservata, e ciò dimostra come indirettamente la Commissione e suo malgrado, fosse costretta a riconoscere che in realtà l'adulterio del marito è come quello della moglie, ragione sufficiente per dare luogo alla separazione (1).

---

(1) Per dimostrare quanto sia assurda la distinzione fra l'adulterio del marito e quello della moglie, e specialmente a quali eccessive conseguenze si giunga applicando in modo rigoroso le disposizioni del Codice italiano valgono singolarmente le massime pronunciate dalla Corte d'Appello di Torino nelle sentenze 22 ottobre e 22 novembre 1867, in cui tuttavia si trova la pura applicazione della legge (Vedi *Giurisprudenza* di Torino, 1868, pag. 75 e 76).

Venendo ora ad alcune applicazioni dell'articolo 150, è da notarsi prima di tutto la espressione: *mantenga la concubina. Mantenere* propriamente ha un significato assai più ampio che non l'*avere relazione*. Nel linguaggio ordinario, mantenere significa provvedere al sostentamento di alcuno, stando quindi alla interpretazione stretta (e tale dovrebbe essere) delle parole, non basta la relazione di concubinato, ma è necessario che il marito faccia delle spese pel mantenimento della concubina. Tuttavia, poichè sarebbe veramente ingiusto il restringere con una interpretazione di tal fatta il numero dei casi in cui si può far luogo alla separazione, si può osservare che l'articolo 150 del Codice italiano non è che la riproduzione dell'art. 230 del Codice francese, e siccome nel Codice francese è ammessa l'azione di separazione contro il marito: *lorsque il aura tenu la concubine*, e siccome inoltre nè la dottrina, nè la giurisprudenza francese fece seria questione sulla necessità o meno che il marito provveda al mantenimento della concubina, così non essendovi controversia nella applicazione della legge francese, ed essendo la disposizione riprodotta senza discussioni in proposito nel Codice italiano, bisognerà conchiudere non essere nemmeno, secondo il Codice italiano, necessario che il marito *mantenga* nel senso stretto la concubina, ma bastare che egli abbia con essa la illecita ed abituale relazione.

La concubina deve poi essere mantenuta in *casa* o notoriamente altrove. A tale riguardo la giurisprudenza è intervenuta a modificare l'ingiustizia della disposizione troppo favorevole al marito, ed ha pronunciato che devesi intendere coniugale la casa, ancorchè la moglie non vi abiti, purchè sia la casa in cui il marito ha la propria dimora ed in cui egli deve accogliere la moglie. Così ha pure pronunciato che devesi ritenere per casa anche

la dipendenza della casa coniugale, quantunque staccata, e che devesi intendere mantenuta la concubina nella casa quantunque essa abiti un quartiere diverso, purchè nello stesso corpo di casa (1).

Se a tale giurisprudenza che estende il numero dei casi in cui si fa luogo alla separazione per l'adulterio del marito, si aggiunge l'effetto della dichiarazione che si legge nell'art. 150, in forza della quale l'adulterio del marito può, sotto l'aspetto di grave ingiuria, essere motivo sufficiente della separazione, apparrà in modo evidente come vi sia, sebbene forse inconscia, la tendenza ad eguagliare anche sotto questo rapporto la condizione giuridica della donna a quella dell'uomo, e fa sperare che la proposta del prof. Precerutti, respinta in seno alla Commissione coordinatrice colla maggioranza di un solo voto, verrà favorevolmente accolta ed applicata allora quando si presenterà l'occasione di una riforma legislativa.

---

(1) Cassazione di Torino, sentenza 21 aprile 1874, *Giurisprudenza* di Torino, 1874, pag. 339.

CAPO VII.

Sulle ricerche della paternità e della maternità naturale.

Una delle più gravi questioni che si agita tuttora fra i cultori delle misure giuridiche è certamente quella che riguarda l'ammessibilità delle ricerche della paternità naturale.

La discussione non si agita solamente nel campo della dottrina, ma si estende anche al campo della pratica, e mentre alcune delle moderne legislazioni ammettono in massima tanto le ricerche della paternità che quelle della maternità naturale, altre, e fra queste l'italiana, vietano le ricerche della paternità, mentre ammettono, sebbene ristrettamente, quelle della maternità (1).

Per giudicare con fondamento quale di questi sistemi di legislazione sia preferibile, se quello cioè che pone il padre e la madre naturale sulla medesima linea o quello

---

(1) Ammettono le ricerche sulla paternità: il Codice prussiano, art. 618; il Codice austriaco, art. 163; il Codice del cantone di Vaud, art. 182 e seguenti; quello della Luigiana, art. 226; il Codice del granducato di Baden, art. 340; i Codici del cantone di Argovia, art. 212 e seguenti; di Friborgo, art. 216; di Berna, art. 168.

Le ricerche della paternità sono proibite dal Codice francese, art. 340; dal Codice olandese, art. 342.

che stabilisce una preferenza a favore del padre, conviene prendere ad esame gli argomenti che si adducono onde giustificare la proibizione delle ricerche sulla paternità.

a) La prima ragione si pone nella diversità della condizione fisica. Rispetto alla madre si osserva essere assai facile constatare il fatto della nascita; si tratta di un fatto palese, od almeno di un fatto che lascia indubbiamente delle traccie e che necessariamente, nella maggior parte dei casi, avviene in presenza di testimoni.

Rispetto al padre invece, la funzione fisiologica del quale si arresta al concepimento, si versa continuamente in una impenetrabile incertezza ed oscurità. La circostanza delle relazioni avute con una donna non conduce ad alcuna prova, poichè esiste sempre ed è impossibile escluderlo, il pericolo che si attribuiscano a taluno i figli che non furono concepiti per opera sua. Dato pure, ciò che si manifesta già inverosimile, seguitasi a dire contro le ricerche della paternità, che si potesse stabilire l'epoca precisa dell'unione sessuale, dato anzi che l'epoca del concepimento, calcolata da quella del parto, corrispondesse precisamente all'epoca stabilita dell'unione, ciò non pertanto non si potrebbe ancora dire accertata la paternità, poichè bisognerebbe accertare che niun altro avesse avuto in quel frattempo relazioni colla madre, e che nessun altro abbia avute relazioni nel tempo anteriore, in cui fosse stato possibile il concepimento.

b) Un secondo argomento si cerca nello scandalo a cui dànno luogo le cause intentate e proseguite innanzi ai tribunali per siffatti oggetti. La curiosità del pubblico rimane eccitata dalle circostanze che svelano la vita intima ed i segreti delle famiglie, cresce quanto più le persone sono in posizione elevata, e per contro diminuisce la fede nella pubblica moralità e viensi indirettamente a scuotere

le fondamenta della famiglia che poggia sulla reciproca affezione e sulla mutua stima e confidenza.

Si aggiunge in terzo luogo il pericolo che per parte di donne perdute conniventi coi loro figli, si attenti alla pace delle famiglie e si iniziino scandalosi processi contro le persone più stimate e facoltose, onde provare una paternità insussistente, foggiando mezzi di prova, non fosse altro onde costringere gl'incolpati a riscattarsi dalle molestie di un giudizio di tal fatta con un sacrificio pecuniario (1).

Che perniciosi effetti produca l'ammessibilità delle ricerche di paternità, seguitasi a dire, lo prova l' esempio di quanto avvenne in Francia, dove sotto l'antico regime erano ammesse, e dovettero essere abolite a fine di dare un termine a migliaia di scandalosi giudizi.

A siffatti ragionamenti che pur si vedono ripetuti da illustri scrittori di diritto, è notevole la risposta che venne fatta pure da un illustre scrittore che trattò molte questioni riflettenti la condizione giuridica della donna: « si « ces prétextes de morale, ces mensonges de justice n'étaient « pas émis de bonne foi, si l'on ne savait que le cœur « humain est habitué à se payer de tels sophismes il « faudrait, au lieu de les combatre comme des erreurs, les « stigmatiser comme des infamies » (2).

E veramente che gli argomenti esposti, i quali sebbene sotto varia forma, sono in sostanza i soli addotti in favore della proibizione delle ricerche sulla paternità, siano dei veri e proprii sofismi, non è difficile a dimostrarsi.

---

(1) Il divieto delle indagini sulla paternità naturale è oramai un principio di diritto comune dei popoli civili fondato sopra il riposo della famiglia, sulla tutela della riputazione dei cittadini contro imprudenti attacchi, e sopra la pubblica morale (Relazione senatoria, pag. 61).

Buniva, *Delle persone*, II, 50.

(2) Legouvé, *Histoire morale des femmes*, pag. 71.

La diversità della natura fisica dell'uomo da quella della donna è un fatto che non si può contestare, quello però che si contesta gli è che da tale fatto possa trarsi come conseguenza la proibizione della ricerca in questione. Nella prima delle ragioni più sopra esposte, tutto il fondamento dell'argomentazione poggia sulla possibilità che la donna abbia ad un tempo relazione con più uomini. Il qual fondamento si manifesta facilmente erroneo sotto più aspetti. Che sventuratamente si rinvengano talora fra le donne, alcune di esse che rimesso ogni pudore ed ogni naturale ritegno, fanno copia di sè, cadendo irremissibilmente nel fango da cui la società non porge più loro la mano per rialzarsi, egli è un fatto non mai abbastanza deplorato, di cui finora non si è potuto trovare un efficace rimedio; ma è un fatto altresì che il numero di queste donne è relativamente limitato, ed è un fatto ancora che mentre per un lato la natura quasi sdegna di innalzarle all'ufficio di madre, dall'altro lo stesso isolamento in cui sono lasciate dalla società, lo stesso lezzo in cui le ravvolge l'infamia della loro spudorata condotta, serve a distinguerle e rende impossibile che da esse siano sollevate le questioni di cui si discorre.

Che anche fra le donne che non sono cadute sì basso, siavene pure alcuna, che la naturale debolezza o speciali circostanze, o tendenza morbosa, induca a cedere troppo facilmente ai desideri altrui, è pur un fatto che non si può contestare. Quello che si contesta però gli è che i fatti sovra menzionati si possano generalizzare, e si vogliano fare colpevoli della stessa infamia e degli stessi errori una grande quantità di altre donne, e si venga così a confondere la fanciulla che in trasporto d'amore si dà in braccio a colui che le promette di diventar suo sposo, che piange sul suo fallo e lo espìa, colla donna che si

incammina risolutamente sul pendìo del vizio e non si arresta fuorchè precipitata in fondo all'abisso.

Ora, se, per gran ventura, la donna saggia e virtuosa costituisce la regola, e la donna viziosa l'eccezione, come si potrà dir giusta una legge che parte dal principio contrario?

Proibire le ricerche della paternità perchè una donna può avere relazione con più uomini, egli è appunto fare della eccezione la regola usando la più evidente ingiustizia a carico della donna.

L'unica conseguenza logica a cui può condurre la possibilità che la donna abbia avuto relazione con più uomini si è di vietare la ricerca della paternità quando la madre avesse condotta riprensibile, quando non fosse la sua fama intemerata, quando si possa stabilire che più siano le persone che siansi ad essa accostate. In tali casi si verifica realmente il pericolo di attribuire un figlio a chi non abbia dato origine al concepimento di esso. Allorchè invece la condotta della donna è intemerata, quando non per prezzo, ma per amore o dietro la promessa di matrimonio essa si abbandonò all'amante, quando tutto collima a dimostrare che unica è la relazione che ha prodotto il concepimento, non si sa scorgere veramente con qual ragione si voglia ancora invocare la possibilità che essa abbia avuto relazione con più persone. Nelle circostanze sovra enunciate si avrà, se non ancora la prova, almeno un indizio potentissimo della paternità.

Certo con ciò non vuol dirsi che il giudizio sia sempre facile e piano, ma la difficoltà di provare non può dare ragione di un' ingiustizia, e d' altra parte non sarebbe questo il solo caso in cui la moltiplicità delle questioni, o la oscurità dei fatti, renda grave l' uffizio del giudice, e nondimeno non avvenne mai che per tal ragione siasi vietato di spiegare l'azione.

In secondo luogo il porre innanzi come un ostacolo alle ricerche della paternità lo scandalo cui può dar luogo il giudizio, egli è supporre che si possa guarire una malattia tenendola nascosta agli occhi di tutti. Il male esiste, e gravissimo: un diritto incontestabile, di cui si nega l'esercizio; un dovere dei più sacri, anzi una vera obbligazione che l'obbligato non adempie e di cui la legge autorizza la trasgressione. La legge vietando le ricerche della paternità non evita per nulla lo scandalo, poichè la triste condizione del figlio e la nequizia del padre è facilmente svelata, e vieta per contro la riparazione della ingiustizia. Ora dov'è l'immoralità? In un giudizio che non svela nulla di nuovo nella maggior parte dei casi, e alcune volte può servire di pascolo alla curiosità degli sfaccendati, oppure nell'autorizzare questa solenne ingiustizia, che cioè taluno il quale forse versa in agi di ogni maniera, abbia dato la vita ad una creatura e possa impunemente negarle perfino i mezzi necessari per sostenersi. Chi vorrà negare che la società è alquanto complice della inumanità del padre e deve quindi imputare anche alle sue improvvide leggi se il diseredato cerca nei delitti il mezzo di sostentamento che il diritto di natura gli avrebbe concesso, ma che la legge positiva inesorabilmente gli nega?

Le medesime osservazioni valgono altresì a rispondere al terzo degli argomenti addotti contro le ricerche della paternità.

Ammettasi pure che talora per macchinazione di una donna perduta possa avvenire che s'intenti un giudizio contro una persona onestissima e si metta la discordia in una famiglia all'unico scopo di indebito lucro.

Tale pericolo non basta a giustificare un'ingiustizia. Il pericolo che si abusi di un mezzo buono, non costi-

tuisce una ragione sufficiente onde proscriverlo. D'altro canto ammettere le ricerche della paternità non vuol dire ammettere qualunque specie di prova. Sta al legislatore nel suo prudente arbitrio di stabilire quali siano le prove sufficienti ad accertare la paternità, e la difficoltà di tali prove che deve essere naturalmente maggiore di quello che sia nelle altre controversie, costituisce già una garanzia per colui che è tratto ingiustamente in giudizio. Inoltre la prova è libera alle due parti e quindi anche il preteso padre può difendersi stabilendo i fatti che rendano impossibile od anche solamente dubbia la paternità. Quanto ai disordini che possono nascere scoprendosi le colpe del marito, certamente non si può negare che siano deplorevoli, ma ad essi tuttavia non devesi accordare maggiore importanza di quella che abbiano in realtà. Si paragoni questo disordine colla necessità in cui può trovarsi il figlio non riconosciuto, e sarà facile lo scegliere a quale inconveniente debba darsi la preferenza, tanto più che alla fin fine il padre non fa che sopportare le conseguenze di un fallo di cui deve imputare a sè stesso la colpa, e viene costretto unicamente all'adempimento di un sacro dovere, cui gli stessi bruti adempiono per istinto ed a cui l'uomo soffocando la voce della natura vergognosamente si sottrae.

Infine se è vero che le legislazioni informate al diritto romano ed al Codice francese vietano le indagini sulla paternità, ciò non toglie che molte legislazioni come si è già notato, le ammettano, e se nei paesi ove tali legislazioni imperano, la società non ne risente alcun danno, ed anzi si può quasi asserire che colà, più che in altri paesi, sia fiorente la società famigliare, egli è pur d'uopo conchiudere che non solo razionalmente, ma anche praticamente i pericoli di scandali, la temuta immoralità e

sovvertimento dell'ordine famigliare non esistono fuorchè nella mente dei contradditori.

V'ha anzi di più ammettendo le ricerche sulla paternità oltrechè si stabilisce l'uguaglianza tra l'uomo e la donna, ponendoli nella stessa condizione rispetto ai loro figli naturali, il che costituisce l'attuazione di un principio morale e giuridico, si viene a promuovere la pubblica moralità anche sotto un altro aspetto. Prima di tutto accordando la facoltà di ricercare la paternità ai figli naturali e quindi il mezzo di ottenere gli alimenti e l'educazione, si diminuisce necessariamente il numero dei delinquenti, poichè è certo che se non per tutti, per gran parte almeno il primo passo nella via del delitto è dettato dalla necessità: *malesuada fames*. Le statistiche penali insegnano che la classe degl'individui a cui sono mancate le prime cure, la influenza moralizzatrice e gli affetti della famiglia, dànno il più grande contingente al numero dei malfattori, fra cui è notevolissimo il numero d'individui che non hanno nome. In secondo luogo, è certo che ove gli uomini sapessero che devono sopportare le conseguenze del concepimento a cui hanno dato causa e possono al pari della madre essere ricercati ed obbligati a contribuire alle spese degli alimenti e dell'educazione dei loro figli naturali, essi sarebbero assai più guardinghi e non si dovrebbero lamentare tante seduzioni, poichè il ritegno dell'uomo costituirebbe una difesa delle fanciulle, le quali molte volte innocenti ed allettate dalle dolci promesse e dalle insidie dei seduttori, cadono facilmente e sono impunemente tradite (1).

---

(1) Sostengono l'ammessibilità delle ricerche della paternità:
RONGA, *Condizione giuridica dei figli nati fuori di matrimonio*, pag. 12.
MATTIROLO, *Princìpi di filosofia del diritto*, pag. 422, e autori ivi citati.

Se adunque non valgono gli argomenti che si adducono onde giustificare la proibizione delle ricerche sulla paternità, se per contro il principio di uguaglianza tra l'uomo e la donna richiede che le indagini siano ammesse, se la moralità pubblica ne risentirebbe vantaggio, non si può a meno che deplorare, che nel Codice italiano siansi in genere proibite le ricerche sulla paternità ed ammesse invece quelle sulla maternità.

I due princìpi però, non sono ammessi dalla nostra legislazione senza eccezioni. Sonvi dei casi in cui la paternità può essere ricercata, e sono inoltre fatte delle restrizioni all'esperimento dell'azione in riconoscimento della maternità. Le eccezioni alla proibizione di ricercare la paternità, costituiscono innegabilmente un parziale riconoscimento fatto dalla legge positiva dei princìpi razionali sovra esposti e quindi dell'uguaglianza giuridica dell'uomo e della donna. Si comprende perciò, come nella trattazione dell'argomento propostoci sia conveniente prendere ad esame le eccezioni stesse, e stabilire i criteri secondo cui la disposizione della legge vuole essere interpretata.

Ugualmente converrà prendere ad esame le restrizioni alla facoltà di ricercare la maternità, come quelle che influiscono direttamente sulla condizione giuridica della donna.

(A) *Paternità.*

Le indagini sulla paternità non sono ammesse fuorchè nel caso di ratto o di stupro violento, quando il tempo di essi corrisponda a quello del concepimento.

Tale è la disposizione dell'art. 189 del Codice italiano, disposizione che si presenta con una forma affatto gene-

rale, nel senso che vieta le indagini a qualunque persona e non soltanto ai figli.

Si è fatta tuttavia questione in Francia, e si può fare da noi, se la ricerca che è vietata ai figli nel loro interesse possa essere fatta dai terzi contro i figli stessi. L'articolo 768 del Codice civile dispone che i figli naturali non legittimati, se vi sono discendenti legittimi del testatore, sono incapaci di ricevere per testamento più di quanto la legge attribuisce loro per successione intestata. Ora, pongasi che un testatore abbia violato una tale disposizione ed abbia chiamato erede un figlio naturale non riconosciuto, potranno i discendenti legittimi impugnare la disposizione e farla ridurre, provando che veramente l'erede è figlio naturale del testatore?

La gran maggioranza dei commentatori si pronunziò in Francia nel senso di vietare anche ai terzi di ricercare la paternità.

La regola stabilita dalla legge è proibitiva in genere delle ricerche. Le ragioni principali per cui venne stabilita la proibizione, cioè la difficoltà della prova e lo scandalo, esistono ugualmente; dunque bisogna concludere in favore della proibizione, ed in tal senso pronunciavasi anche la Corte di cassazione francese (1).

Fu però osservato in senso contrario che, siccome in Francia la proibizione delle ricerche si era resa necessaria per impedire che uomini di illibata riputazione venissero fatti oggetto di scandalosi giudizi, questa ragione più non sussiste quando il preteso padre è defunto. Si osservò inoltre che, vietando agli eredi legittimi di provare la qualità di figlio naturale, si dà facile il mezzo

(1) Sentenza 17 dicembre 1815, Dalloz, *Répertoire*, v° *Paternité, filiation*, n° 539.

ai padri naturali di eludere le disposizioni di legge in forza delle quali essi non possono favorire la condizione dei figli naturali a danno dei figli legittimi; basta per ciò che essi non riconoscano i figli naturali, potendo in tal caso istituirli in tutta la porzione disponibile.

La gravità di questi argomenti non si può dissimulare; quantunque siasi risposto che, dovendo scegliere tra due mali: lo scandalo dei giudizi di ricerca della paternità, e la possibile contravvenzione al disposto dell'articolo 768 del Codice civile, sia da prescegliersi questo secondo inconveniente, e siasi pur soggiunto che, siccome il figlio naturale non riconosciuto non ha diritto alcuno di legittima sulla paterna eredità, così non sia poi un inconveniente così grave che egli venga a fruire qualche cosa di più per disposizione testamentaria.

Senonchè dalla proibizione della ricerca della paternità possono nascere degli inconvenienti ancora più gravi. Può darsi che, dimenticate le leggi di natura, si voglia contrarre matrimonio tra il padre e la figlia naturale, od anche tra il fratello e la sorella naturale. Potrà l'ufficiale dello stato civile ricusar di celebrare un tale matrimonio, od altra persona interessata opporvisi? Le difficoltà della prova ed il pericolo di scandalo esistono anche in questa eventualità, e quindi si deve logicamente conchiudere che non è possibile fare opposizione, perchè tale opposizione include una ricerca della paternità (1).

Ora, è facile osservare che tutti i suaccennati inconvenienti sarebbero tolti, od almeno in gran parte resi impossibili, con una legge che permettesse le ricerche della paternità; onde si ha un nuovo argomento per

---

(1) Dalloz, *Répertoire*, v° *Mariage*, n° 241; Duranton, tome II, n° 166.

dimostrare che nemmeno in pratica sia utile il sistema di proibizione più sopra combattuto.

Scendendo ora all'esame delle eccezioni che vennero fatte dal Codice italiano al principio della proibizione di ricerca sulla paternità, si presenta pel primo il caso di *ratto*. Si discusse e si discute sulla estensione della parola *ratto*. Alcuno sostiene che il criterio per misurarla debbasi esclusivamente ritrarre dalla legge penale (1). Ora, siccome negli articoli 493, 494 e 495 del Codice penale si fa distinzione tra il ratto secondochè è compiuto sopra una donna maggiore di età o su donna minore degli anni 21 o minore degli anni 16, e mentre nel primo caso per la punibilità dell'azione è richiesta la violenza, nel secondo basta il fatto della frode e nel terzo la seduzione, così vorrebbesi conchiudere in modo analogo per stabilire i casi in cui il ratto dà luogo all'ammessibilità delle ricerche sulla paternità. Tuttavia pare che un tale sistema non sia accettàbile. Il fatto del ratto non si considera nel Codice civile sotto il rapporto della punibilità, ma sotto l'aspetto della facilità che ne deriva per le ricerche della paternità; non è quindi possibile una illazione dalla distinzione che il Codice penale ha fatto all'unico scopo di misurare la punibilità dell'azione (2).

È un fatto, del resto, che nell'uso comune del vocabolo la parola *ratto* non si applica soltanto coi limiti segnati dal Codice penale; e tanto è vero, che negli stessi articoli del Codice penale sovra citati il legislatore dichiara che il *ratto* è punibile quando ha determinati caratteri,

---

(1) Pacifici Mazzoni, *Istituzioni*, I, n° 50.

(2) Questa opinione è confermata dalla dottrina comunemente accettata che onde sia ammessibile la ricerca della paternità non è necessario che siasi proceduto in via penale contro il rapitore (Demolombe, tomo V, n° 490).

e così riconosce implicitamente che ratto può essere chiamato un fatto che pur dalla legge non ha punizione di sorta.

Posto adunque che non si debba ricercare nella legge penale il criterio onde stabilire quale sia il carattere distintivo del *ratto,* bisognerà, onde precisare tale carattere, risalire all'intenzione del legislatore. È a notarsi che in caso di ratto il legislatore non ha fatto luogo senz'altro alla dichiarazione di paternità, ma ha unicamente ammesso a far le indagini, ossia a darne la prova. Il ratto dunque, nel concetto del legislatore, è soltanto una presunzione che rende probabile la paternità, ma non è una prova di essa. Ora, sotto quest'aspetto di presunzione non solo può stare il caso in cui siasi usata violenza dal rapitore, ma anche quello in cui siasi usata la seduzione, perchè, tanto nell'uno che nell'altro caso, per tutto il tempo in cui la donna restò in potere del rapitore non si può ragionevolmente supporre che altri abbia potuto operare il concepimento.

Adunque pare debbasi ritenere che, qualunque sia l'età della donna rapita, qualunque sia il mezzo adoperato dal rapitore, cioè la violenza, la frode o la sola seduzione, devonsi ammettere le indagini sulla paternità.

La seconda eccezione che è ammessa dall'articolo 189 del Codice civile in favore delle indagini sulla paternità è quella che si riferisce ai casi di stupro violento.

Anche a questo proposito si può ripetere quanto si disse riguardo al ratto, che cioè non è lo stesso criterio seguito dal legislatore penale nello stabilire la punibilità dello stupro violento, quello che debbe guidare nella interpretazione della legge civile. Quindi, ancorchè non vi sia stato processo penale per stupro, saranno ammesse le ricerche; ed anche quando in base alla legge penale,

la quale nel dubbio fa sempre luogo all'assolutoria, non vi fosse ragione di punire, tuttavia nel giudizio civile si potrà dimostrare l'esistenza dell'estremo di cui all'art. 189 accertando un genere di violenza che non basterebbe a stabilire gli estremi di stupro in un giudizio penale.

Affinchè poi tanto il ratto che lo stupro possano dar luogo alle ricerche, è necessario che il tempo in cui furono commessi corrisponda all'epoca del concepimento.

Lo stabilire il tempo in cui furono commessi è un accertamento di fatto pel quale devono essere naturalmente ammessi tutti i mezzi di prova concessi dalla legge.

Quanto all'epoca del ratto, bisogna inoltre osservare che non è, come quella dello stupro, quasi istantanea, ma può essere più o meno durevole, trattandosi di uno stato continuo. Si dovrà dunque considerare ugualmente tempo od epoca del ratto tutto quello durante il quale la donna si trova sotto la influenza della violenza, della frode e della seduzione.

Per stabilire poi l'epoca del concepimento si deve necessariamente ricorrere alla presunzione stabilita dall'articolo 160. Tale presunzione non è particolare alla filiazione legittima, poichè è basata sui dati fisiologici, che insegnano non potere la gestazione essere minore di 180 giorni nè maggiore di 300. Perciò si intenderà concepito durante il ratto o al tempo dello stupro il figlio nato non prima di 180 giorni e non dopo i 300 giorni dall'epoca stessa.

Coi casi di indagini sulla paternità, non devono confondersi altre eventualità, che a primo aspetto appaiono di egual natura.

Suppongasi, per esempio, che taluno voglia provare che egli è l'identica persona che fu riconosciuta come figlio naturale da un terzo. In realtà questi ha per scopo

di accertare la paternità, eppure non può dirsi che la sua indagine o meglio la sua azione incontri un ostacolo nell'art. 189.

La paternità naturale è già accertata, si tratta soltanto di riconoscere se debba riferirsi al figlio che la richiama, non si può quindi in tale eventualità ravvisare un caso di indagine proibita.

Suppongasi pure che un tale sia stato riconosciuto come figlio naturale, ma che vi siano dei dubbi sulla persona che ha fatto il riconoscimento. L'azione del figlio diretta ad accertare quale sia veramente il padre naturale che ha fatto il riconoscimento, non si potrebbe considerare come un'indagine sulla paternità proibita dalla legge.

Da ultimo gioverà notare che la proibizione delle indagini sulla paternità non deve spingersi fino al punto di proibire alla donna di agire contro il seduttore pel risarcimento del danno che le fu cagionato col fatto della violenza o della seduzione.

Il diritto di risarcimento è in genere fondato sulla disposizione degli articoli 1151 e 1152 del Codice civile, ed è una conseguenza indiretta degli articoli 500 e 73 del Codice penale.

Ora non si potrebbe far decadere la donna da un tale diritto, soltanto perchè essa è rimasta incinta, e quindi in realtà ebbe un danno maggiore.

La gravidanza ed il parto devono considerarsi come una ragione di più onde far luogo al risarcimento, e sono circostanze che debbono servire nel calcolo della indennità dovuta a tale titolo.

Fu opposto che per tal modo si riesce a permettere una vera indagine sulla paternità (1). Tuttavia pare che

(1) RONGA, op. citata, pag. 132, ed autori ivi riferiti.

si possa in contrario osservare che l'azione per risarcimento spetta soltanto alla donna sedotta, e riguarda i soli rapporti con essa, e che coll'accertare il suo stato di gravidanza ed il suo parto non si viene a stabilire legalmente alcuna prova della paternità; poichè non è a dimenticarsi che la prova della paternità, come quella della maternità, richiede non solo che sia stabilito il parto, ma altresì che sia provata la identità di una data persona con quella che fu partorita.

(B) *Maternità.*

Fu giustamente osservata la incongruenza delle disposizioni della legge, la quale, dopo di avere proibito in genere le ricerche della paternità, ammette invece quelle della maternità. Se il legislatore ha avuto tanto timore degli scandali quando si tratta di ricercare la paternità, come va che questi timori sono scomparsi allora quando si tratta di provare la maternità? « È lecito perciò trarre « da un tal fatto nuovo argomento per viemmeglio chia- « rire che il sistema del Codice intorno a questo argo- « mento non corrisponde del tutto ai dettami della ra- « gione naturale » (1).

Ad ogni modo, scendendo all'esame della legge, l'articolo 190, dopo di avere dichiarato che le indagini sulla maternità sono ammesse, soggiunge che il figlio, che reclama la madre, deve provare di essere identicamente quel medesimo che fu da lei partorito.

Adunque la prova che deve dare il figlio è duplice: egli deve provare 1° il parto della madre, 2° la sua identità.

---

(1) Ronga, op. citata, pag. 150.

La prova di tali circostanze deve darsi cumulativamente, nè potrebbe taluno pretendere di dare intanto la prova del parto, senza dare quella della sua identità. Tale prova offenderebbe inutilmente l'onore di una donna, poichè, mancando la prova della identità, mancherebbe sempre un elemento indispensabile a stabilire la maternità (1).

In seguito l'articolo 190 dispone che non è ammessa la prova testimoniale, se non quando vi sia un principio di prova per iscritto, o quando le presunzioni e gli indizi risultanti da fatti già certi siano abbastanza gravi per determinarne l'ammessione.

Una prima naturalissima domanda intorno al disposto dell'articolo 190 è quella che diede luogo ad una lunga discussione tra i commentatori del Codice francese. La limitazione in ordine ai mezzi di prova si riferisce essa tanto alla prova del parto che a quella dell'identità, oppure riguarda uno soltanto di tali elementi della maternità?

Il Merlin (2), seguìto da pochi altri, sostiene che la limitazione si riferisce soltanto alla prova della identità, e che il parto, siccome un fatto, può essere provato con tutti i mezzi di prova concessi dalla legge.

Pare tuttavia che sia più accettabile la opinione per cui la limitazione della prova si deve riferire tanto all'identità che al parto. Di vero, se si considera la dicitura dell'articolo, si ha un potente argomento onde decidere in tal senso dal fatto che la prova non è divisa in due parti, come ordinariamente si fa, onde interpre-

---

(1) Demolombe, tomo V, n° 501; Dalloz, *Répertoire*, v° *Paternité, Filiation*, n° 617.

(2) Questions de droit, *Maternité*, 1.

tare sistematicamente l'articolo 190, ma è detto in modo complessivo che il figlio deve provare di essere identicamente quello stesso che fu dalla pretesa madre partorito. Del resto, siccome si tratta di due elementi di fatto diretti allo stesso scopo e che devono coesistere, non vi è ragione di distinguere, nemmeno a fine di fare una discussione puramente dottrinale, tanto più che la questione, su cui si dibatterono quasi tutti gli interpreti, è oramai esaurita e decisa nel senso più sopra riferito.

Ciò posto, la legge dichiara che a provare tanto il parto che l'identità valga anche la prova testimoniale, allora soltanto che vi sia *un principio di prova per iscritto,* oppure vi siano *presunzioni ed indizi favorevoli.*

Cominciando dal principio di prova, si può dubitare se il legislatore abbia voluto riferirsi all'art. 175, in cui, trattando della figliazione legittima, dice che il principio di prova per iscritto risulta dai documenti di famiglia, dai registri, dalle carte private del padre o della madre, dagli atti pubblici o privati provenienti da una delle parti impegnate nella controversia, o che vi avrebbe interesse se fosse in vita (1); o non piuttosto abbia voluto riferirsi all'art. 1347, in cui è stabilito che il principio di prova per iscritto risulta da qualunque scritto che provenga da colui contro il quale si propone la domanda o da quello che lo rappresenta, e che renda verosimile il fatto allegato.

La ragione più saliente che si invoca generalmente, onde provare che debbasi applicare piuttosto l'art. 1347 che non l'art. 175, è tratta dalla considerazione: che la legge ha un capo speciale delle prove della figliazione legittima, che l'art. 175 si trova in tale capo, che le regole sulla figliazione legittima non possono estendersi

(1) In tal senso, MARCADÉ, art. 346, § 3°.

alla figliazione naturale, la quale non merita gli stessi favori che si possono accordare alla prima. Se non che si può facilmente osservare che non si tratta qui di estendere una regola speciale della figliazione legittima alla figliazione naturale.

Si tratta di vedere se, dato un doppio significato della frase: *principio di prova per iscritto*, si deva piuttosto stare a quanto il legislatore stabilisce in genere per la prova testimoniale, o a quanto è specialmente stabilito in ordine alla figliazione.

Sotto un tale aspetto è da notare che alla fin fine, benchè sia distinta la figliazione legittima dalla naturale, non è men vero che amendue gli argomenti sono raccolti in un titolo unico del Codice, quello della *Figliazione*. Inoltre, in ordine ai rapporti di parentela legittima o naturale, vi è una ragione generica di diminuire il rigore della prova legale per attenersi ad un sistema di prove che assumono, per così dire, un carattere morale e famigliare.

Vi è poi un'altra ragione, ed è che i termini dell'articolo 190 alinea, sono perfettamente identici a quelli dell'art. 174 alinea, ed a quest'ultimo articolo appunto si riferisce la definizione del principio di prova contenuto nell'art. 175.

Infine è da osservarsi ciò che già fu rilevato in ordine alla prova della paternità, che cioè il principio di prova scritta non ha altro effetto fuorchè quello di fare ammettere la prova per testimoni; non vi è dunque ragione di essere troppo severi, poichè si dovrà sempre ancora addivenire alla vera prova e discutere sopra i risultati di essa.

In caso di dubbio poi, siccome la proibizione delle ricerche sia di paternità che di maternità e la restrizione

od il diritto di promuoverle costituisce una limitazione del diritto naturale, così devesi preferibilmente pronunciare in favore delle ricerche, e quindi per l'applicazione dell'art. 175.

Passando all'esame del secondo caso, in cui si fa luogo alla ammessione della prova testimoniale, cioè quando esistano presunzioni ed indizi, si comprende come a questo riguardo non si possano dare delle regole fisse ed *a priori* sulla forza di presunzioni ed indizi che sono più o meno concludenti a seconda delle circostanze.

Ciò che risulta dallo stesso art. 130, si è che gli indizi e presunzioni devono essere già certi e quindi non varebbero allo scopo determinato dalla legge, fatti, la cui sussistenza si volesse ancora dal reclamante accertare con altri mezzi di prova.

CAPO VIII.

Condizione giuridica della donna in ordine all'esercizio della patria podestà.

Benchè la autorità che compete ai genitori sui loro figli sia una conseguenza dei princìpi di diritto naturale, la denominazione *patria podestà* accenna all'origine dell'istituzione la quale assunse uno speciale carattere nel diritto e nelle costumanze dei Romani.

Nulli alii sunt homines qui talem in liberos habeant potestatem, quam nos habemus: è scritto nelle istituzioni di Giustiniano (1): e veramente, la patria podestà Romana, era un potere assoluto e nei primi tempi illimitato, un potere che non differiva gran fatto da quello che competeva al padrone sullo schiavo, e quindi faceva del figlio una cosa. Di vero il padre poteva uccidere e vendere il figlio, ed al padre spettava la proprietà di tutti i beni che acquistava il figlio, i quali senz'altro si confondevano col patrimonio comune.

Come questa autorità assoluta che comprendeva nell'antico diritto il *ius vitae et necis* siasi in seguito gradatamente cambiata col mutarsi delle costumanze, ed

---

(1) Institut., *De patria potestate,* § 2°.

anche per l'influenza moderatrice del Cristianesimo, come tale modificazione incominciando dall'imperatore Adriano che vietò l'uccisione del figlio, venendo ad Alessandro Severo, che permise ai padri di infliggere pene ai figli soltanto colla cooperazione dell'autorità, a Caracalla e Diocleziano che dichiararono nulle le vendite dei figli (1) e man mano fino a ridurre la patria podestà in limiti non molto differenti da quelli che ha, secondo le moderne legislazioni, non entra nell'indole di questo lavoro il ricercare.

Quello che importa di notare però, egli è, che secondo il diritto Romano, ed a causa della stessa indole della famiglia Romana, in cui la moglie trovavasi essa stessa sotto la podestà del *pater familias*, alla donna non spettava in alcun modo la *patria podestà*. Fu soltanto sotto gli imperatori che alla donna fu accordata la facoltà di adottare e così di acquistare per tal modo il diritto ad esercitare la patria podestà (2). La istituzione della patria podestà non entrò coi suoi caratteri di rigore assoluto nelle moderne legislazioni.

In Francia finchè durò la divisione fra i paesi di diritto scritto e quelli di diritto consuetudinario si manifestò su questo argomento come in altri, quella specie di antagonismo, che diede poi origine al sistema medio seguito dal Codice francese.

Nei paesi di diritto scritto, era in vigore la patria podestà Romana, modificata naturalmente, per le necessità dei cambiati costumi, e per la nuova costituzione sociale. Nei paesi di diritto consuetudinario invece, la patria podestà era quasi nulla nei rapporti legali, tanto da auto-

---

(1) Legge 2, Cod. *De patribus qui filios suos distraxerunt*, 4, 45.
(2) Maynz, *Droit romain*, 2, 341.

rizzare la nota massima di Loisel: *droit de puissance paternelle n'a lieu.*

Il Codice francese dopo di avere limitato il diritto di patria podestà, riconosceva in genere che esso spetta tanto al padre che alla madre; ma all'art. 373 disponeva che al solo padre spetta l'esercizio della patria podestà durante il matrimonio. E lo stesso principio venne dal Codice italiano rimesso in vigore fra noi, abbandonando il sistema adottato dal Codice Albertino, il quale, non soltanto negava alla madre il diritto di esercitare la patria podestà durante il matrimonio, ma le negava altresì il diritto di esercitarla anche quando fosse rimasta vedova.

Tuttavia se il Codice italiano costituisce a questo riguardo un innegabile progresso sopra la precedente legislazione, non si può nemmeno contestare che il sistema attuale è ancora ben lontano dall'applicazione del principio razionale, in forza del quale, non soltanto il diritto, ma anche l'esercizio della patria podestà, deve essere comune ai due genitori.

Di vero, lasciato a parte il fondamento della *patria potestas* dei Romani, la ragione della quale deve piuttosto ricercarsi nell'ordinamento famigliare-politico, che non nei rapporti naturali, non è difficile lo stabilire quale sia la ragione morale e giuridica dell'autorità che deve riconoscersi spettare ai genitori sui loro figli.

La creatura umana per essere e divenire completa, ha bisogno di molte e varie cure, le quali devono necessariamente incombere ai genitori. Egli è presso di questi che i figli devono trovare nella loro più tenera età i soccorsi e le cure affettuose di cui essi, creature deboli ed incapaci a difendersi, abbisognano per poter sussistere e crescere. Nella famiglia soltanto e sotto gli occhi della madre, gui-

data dalla sua tenerezza e da un istinto meraviglioso, i figli raggiungono insieme collo sviluppo della vita fisica, anche lo sviluppo della vita intellettuale, estendendo la cerchia delle loro cognizioni; la loro mente si apre alla scienza, il cuore agli affetti gentili.

Insomma ai genitori incombe l'obbligo di provvedere alla educazione ed a tutti i bisogni sì fisici, che morali, dei loro figli, finchè non sia completa la personalità fisica e morale di essi.

Notisi poi, che siccome tale obbligo dei genitori non è altro che una forma speciale sotto cui si manifesta l'obbligazione generale di riconoscere la personalità giuridica altrui, così l'obbligo stesso non devesi considerare soltanto come un'obbligazione morale, ma bensì come una vera obbligazione giuridica (1).

Posto che i genitori siano giuridicamente obbligati a provvedere alla educazione ed all'istruzione dei figli, ne consegue necessariamente che essi devono altresì avere i mezzi per adempire a questa loro obbligazione, devono cioè poter correggere i figli nei limiti della giustizia e della necessità e porre in opera tutti i mezzi che possono condurre al conseguimento dello scopo a cui devono aspirare. Adunque non è la *proprietà* originata dalla *generazione* come avveniva presso i Romani, ma bensì l'adempimento di un dovere che è il fondamento del diritto di patria podestà (2).

---

(1) MATTIROLO, *Princìpi di Filosofia del diritto*, pag. 410.

(2) Che tale debba considerarsi essere il fondamento della patria podestà era già stato riconosciuto in occasione dei lavori preparatorii del Codice civile francese.

Vedasi il discorso pronunciato al Corpo Legislativo francese dal signor Albisson, oratore del tribunato, nella seduta del 3 germile, anno IX.

Il consigliere di Stato Real, nella sua esposizione dei motivi del Codice Napoleone, si esprimeva, in ordine alla patria podestà, nei termini se-

Posto che questo, e non altro, sia il fondamento della patria podestà, ne consegue naturalmente, che essa deve spettare tanto al padre che alla madre, poichè essendo eguale il loro dovere, essendo solidaria l'obbligazione, eguali le cure e le sollecitudini, il diritto deve pure corrispondere fra loro in modo eguale. Pure malgrado la evidenza di tali princìpi, la conseguenza a cui si venne nel tradurli in una pratica disposizione di legge non è più informata alla loro purezza.

L'art. 220 del Codice civile italiano dichiara bensì che il figlio è soggetto alla potestà *dei genitori* sino all'età maggiore od all'emancipazione, ma soggiunge che durante il matrimonio tale podestà *è esercitata dal padre*, e solo quando egli non possa esercitarla, dalla madre.

Converrà prendere ad esame quale ragione si adduca in difesa di tale sistema.

La ragione che si può dire unica, consiste nell'invocare le esigenze dell'ordine domestico. La famiglia, si dice, deve necessariamente per sussistere avere un'unica direzione, tale direzione non può essere affidata ad altri che al marito e padre, ad esso quindi spetterà l'esercizio della patria podestà (1).

Ora poichè a nulla vale il parlare in genere delle esigenze dell'ordine domestico senza indicare in che cosa consistono, gioverà prima di tutto notare quali siano i diritti che dalla legge si attribuiscono a chi esercita la patria podéstà. Tali diritti in sostanza si concretizzano

---

guenti: « C'est un droit fondé par la nature et confirmé par la loi, qui « donne au père et à la mère pendant un temps limité et sous certaines « conditions la surveillance de la personne, l'administration et la posses- « sion des biens de leurs enfants ».

(1) Relazione del ministro Vacca a S. M. intorno ai motivi del Codice civile.

rispetto al patrimonio del figlio soggetto: 1° nell'amministrazione dei beni; 2° nell'usufrutto di essi; e in ordine alla persona: 1° nel diritto di correggere ed anche di far rinchiudere il figlio in una casa di correzione; 2° nel diritto di obbligarlo a rimanere nella casa paterna.

Posto che tali sieno i diritti attribuiti dalla legge a chi esercita la podestà patria, non pare che possano nascere degli inconvenienti, nè che siavi violazione dell'ordine domestico ove si ripartiscano ugualmente i diritti stessi fra il padre e la madre.

L'usufrutto legale può essere benissimo accordato per metà alla madre, ed i beni del figlio possono pure essere sottoposti per metà all'amministrazione di essa, essendo già la medesima dichiarata capace di amministrare i suoi beni parafernali. Gli obblighi che la legge impone al padre usufruttuario (art. 230) possono senza inconvenienti imporsi in proporzione alla madre, e intorno a ciò non si può sollevare menomamente questione sul pericolo di turbare l'ordine domestico poichè la legge non lo considera turbato dalla amministrazione che alla madre compete de' suoi proprii beni.

Quanto poi ai diritti che per l'esercizio della patria podestà la legge accorda sulla persona del figlio, è facile osservare come per l'esercizio di essi la legge richieda l'intervento dell'autorità. Si legge diffatti negli articoli 221 e 222 del Codice civile che al Presidente del Tribunale spetta di autorizzare l'allontanamento del figlio dalla casa paterna o procurarne il ritorno. Per questo lato adunque non deve preoccupare il possibile conflitto di volontà tra il padre e la madre, poichè l'autorità che viene chiamata a decidere anche quando uno solo dei genitori esercita la patria podestà, potrà giudicare, se le volontà dei genitori sono discordi, quale delle due debba di preferenza essere

accettata. Se non che si soggiunge che la necessità della direzione unica si palesa allorquando trattasi di dare un indirizzo all'educazione del figlio, educazione che verrebbe certamente a scapitare ove non fosse una la mente direttrice, e quando nascesse un dualismo fra i genitori.

Ora importa notare che a tale riguardo non si versa più nel campo dei diritti e delle obbligazioni, la dichiarazione dei quali è appunto l'unico scopo della legge positiva, ma si entra in un altro ordine di idee.

Il diritto di dare al figlio l'una, piuttosto che l'altra educazione, e di avviarlo all'una piuttosto che all'altra carriera, non ha dalla legge alcuna sanzione, ed anzi non viene nemmeno dalla legge stessa dichiarato. La ragione di ciò è semplicissima. Dato pure che il diritto fosse stato dichiarato, non sarebbe possibile dargli una sanzione, perchè non è possibile imporre al figlio delle condizioni il cui adempimento non dipende totalmente da lui, ma è collegato colla sua natura fisica e morale e con altre innumerevoli ed eventuali circostanze. L'obbedienza del figlio ai genitori in tale materia, è frutto piuttosto della naturale tendenza od affetto, ma non si può dire imposto come un obbligo giuridico.

Del resto poniamo pure che competa ai genitori un vero diritto d'imporre la propria volontà in ordine alla educazione del figlio; non ne consegue che sia necessaria l'azione di uno solo dei genitori. La natura ha sapientemente diviso il corso dell'educazione del figlio, e mentre nell'infanzia e nella fanciullezza, per natura è più influente l'azione della madre, nell'adolescenza l'azione del padre diventa più efficace e proficua. Inoltre è pur certo che per tutto il tempo che dura pel figlio il bisogno dell'azione dei genitori, nelle cose relative all'affetto ed all'intimità della famiglia, è l'influenza della madre che prevale, mentre

ha sopravento quella del padre per ciò che ha tratto alle questioni d'interesse e di affari. Dunque, per natura, la azione del padre e della madre è contemporanea; diretta ad obbietti diversi, ma che pur si completano a vicenda e che ove fossero coltivati separatamente od in modo esclusivo produrrebbero necessariamente una educazione insufficiente ed uno sviluppo materiale e morale incompleto del figlio.

Insomma la natura dimostra come dalla stessa dualità dell'azione abbia origine la unità dell'educazione, e come per necessità debbano essere diversi gli elementi educativi, e perciò rimane ugualmente dimostrato che non vi può essere conflitto tra i due genitori essendo l'azione naturale di ciascuno di essi preordinata ad un unico fine.

Nè si dica che pur troppo sonvi dei casi anche frequenti in cui i coniugi non mantengono la loro azione nei limiti naturali, ma trasmodano nell'uno o nell'altro senso.

Non è questa una ragione che valga a modificare il sistema. Se sono possibili i disordini, il legislatore deve porvi riparo con dei rimedi, ma non deve perciò recare alcuna restrizione ai princìpi generali, i quali appunto perchè fondati sulla natura e sulla ragione devono rimanere inviolati.

Allo scopo di mantenere inviolati i sovra esposti princìpi, tendeva la proposta fatta in seno alla Commissione coordinatrice dai commissari Precerutti e Bonacci (1), nel senso che dovesse accordarsi ad amendue i coniugi l'esercizio della patria podestà, dichiarando però che in caso di conflitto dovesse prevalere la volontà del padre.

---

(1) Verbale n° 13, seduta 28 aprile 1865.

Contro tale proposta opponeva il commissario Deforesta che la prevalenza del voto del marito, in caso di conflitto, sarebbe stata un'umiliazione per la madre. Tale osservazione è giusta. La ragione per cui non puossi dire accettabile il sistema dei signori Precerutti e Bonacci, è quella stessa già più sopra esposta, prendendo ad esame l'art. 63 del Codice civile. Accordare ad uno dei coniugi, in caso di dissenso, la prevalenza, egli è distruggere il diritto nell'altro.

Non guari preferibile, quantunque teoricamente più conforme ai princìpi è il sistema proposto da altri, per cui dovrebbesi distinguere tra gli atti a seconda delle diverse circostanze dell'età e del sesso, nello accordare la prevalenza all'uno o all'altro dei genitori.

La difficoltà di tale sistema sta nel determinare e distinguere questi casi, e dato pure che si avesse a fare una distinzione in genere, la difficoltà sussisterebbe sempre nelle innumerevoli questioni di interpretazione che inevitabilmente nascerebbero.

Il sistema più razionale parrebbe conseguentemente quello di concedere ad amendue i genitori l'esercizio della patria podestà, secondo la proposta Precerutti e Bonacci, accordando in caso di dissenso la facoltà a ciascuno di essi di ricorrere in modo analogo a quello stabilito agli art. 221 e 222 al Presidente del Tribunale o ad altre autorità. Il genitore può in tal modo esporre quali siano gli atti di patria podestà che crede ingiustamente compiuti dall'altro, e l'autorità sentiti i due coniugi, pronuncierebbe sulla via da seguirsi.

Tale sistema, non pregiudicherebbe i princìpi, non sarebbe causa di gravi dissensi in famiglia, perchè l'azione dell'autorità potrebbe eccitarsi in modo affatto eccezionale e direttamente senza intervento di procuratori.

Infine, siccome naturalmente dall'affetto verso i figli i coniugi sono portati a volere concordemente lo stesso fine, cioè il bene della prole, così avverrà nel maggior numero dei casi che d'un tale ricorso all'autorità giudiziaria non si manifesterà il bisogno, perchè i coniugi cadranno fra di loro d'accordo.

Quando poi non giungessero a tale accordo, allora è certamente preferibile l'azione immediata dell'autorità che tronca ogni ragione di contestazioni, al prolungarsi di uno stato di disaccordo che può dare origine alle più deplorevoli conseguenze nella società famigliare.

Conchiudendo adunque, diremo che siccome le così dette esigenze dell'ordine domestico non rendono per nulla necessario l'esercizio esclusivo della patria podestà per parte del padre, rimane conseguentemente provato il fondamento della censura mossa contro il sistema adottato dal nostro Codice.

Rimane inoltre dimostrato che è impropria la denominazione di *patria podestà*, che viene data a quel complesso di diritti spettanti ai genitori sui figli minori.

Tali parole richiamano per un lato il rigore della instituzione della *patria potestas* dei Romani, e come abbiamo dimostrato, il fondamento dell'attuale istituzione è del tutto diverso da quello dell'istituzione Romana.

Inoltre la parola *patria* accenna alla sola autorità del padre, mentre la stessa legge nostra che ne ammette in certi casi l'esercizio per parte della madre, contraddice a tale esclusiva denominazione.

Queste osservazioni erano state fatte già all'epoca della compilazione del Codice Napoleone quando il signor Berlier, opponendosi alle idee rigorose manifestate dal primo console in ordine alla patria podestà, faceva la mozione che alla locuzione *puissance paternelle* si sostituisse nel

Codice francese l' altra *autorité des pères et mères* (1), e furono ripetute ugualmente senza frutto durante i lavori preparatori del Codice italiano, proponendo di sostituire alle parole *patria podestà* le altre: *podestà* o meglio *autorità dei genitori* (2).

—

Ciò posto in genere, scendiamo ora ad alcune questioni d'interpretazione della nostra legge in ordine all'esercizio della patria podestà per parte della donna.

Primieramente è da osservare che l'articolo 220 attribuisce l'esercizio della patria podestà alla madre allora-quando è sciolto il matrimonio, ed in quei casi in cui il padre *non possa* esercitarla.

La locuzione della legge è amplissima, e perciò si deve intendere comprensiva di tutte le eventualità, sia fisiche che morali, per cui il padre si trovi impedito nell'esercizio della patria podestà. Il semplice allontanamento temporaneo dalla sede della famiglia potrà quindi autorizzare l'esercizio per parte della moglie della patria podestà. Certamente in tale eventualità non si potrà sempre sostenere che passi alla madre anche il diritto di usufrutto dei beni del figlio, ma è certo che per tutto il tempo in cui il padre è lontano tutti i doveri ed i diritti inerenti all'esercizio della patria podestà, che il padre non può esercitare dal luogo ove si trova, passano naturalmente nella madre.

L'interdizione è pure considerata come una circostanza che rende impossibile al padre l'esercizio della

---

(1) Dalloz, *Répertoire: Puissance paternelle*, n° 10.

(2) Non pare accettabile la locuzione di *autorità coniugale* che si vorrebbe da taluno sostituire all'attuale di *patria potestà*, accennando quella piuttosto ai rapporti dei genitori fra di loro e non a quelli coi figli.

Sorani, *Condizione giuridica della donna*, pag. 92.

patria podestà, la quale per conseguenza passa di diritto nella madre. Così pure cesserà l'esercizio per parte del padre alloraquando esso sarà inabilitato, giacchè l'inabilitazione, come l'interdizione, è pronunziata quando un individuo è colpito da una infermità di mente, quantunque, a vero dire, si tratti di una infermità meno grave di quella che è richiesta onde autorizzare la interdizione.

V'ha di più: sebbene la legge sia silenziosa al riguardo in causa della generalità dell'espressione contenuta nell'articolo 220, debbesi conchiudere che l'esercizio della patria podestà passa nella madre quando il padre è affetto da infermità di mente o di corpo che gli renda impossibile l'esercitarla, ancorchè non sia stata la sua interdizione od inabilitazione pronunziata.

La più notevole delle disposizioni del Codice italiano, in ordine all'esercizio della patria podestà per parte della madre, è quella contenuta nell'articolo 235:

« Il padre può per testamento o per atto autentico stabilire condizioni alla madre superstite per l'educazione « dei figli e per l'amministrazione dei beni ».

Approfittando di una tale disposizione di legge, il padre potrà, non su fondati motivi ma per puro capriccio, imporre delle condizioni e delle limitazioni all'esercizio della patria podestà che spetta alla madre dopo la sua morte. Potrà il padre in tempo anteriore giudicare di quanto sarà per succedere molto tempo dopo, e dettare un modo di regolarsi sopra circostanze di fatto che non conosce. L'assurdità di tale arbitrio niuno v'ha che possa fondatamente contestare. Può rispondersi che la moglie ha diritto di chiedere la dispensa di cui all'alinea 235; ma è pur facile notare che era assai più ra-

zionale il non accordare al marito la facoltà di imporre una limitazione, la quale si debba, come inopportuna ed ingiusta, annullare posteriormente.

L'unico modo di giustificare l'articolo 235 si è di ammettere una incapacità nella donna, o per lo meno riconoscere una superiorità nel padre. Ora, si è già dimostrato che la moglie non è e non può essere considerata come incapace; si è dimostrato che l'uguaglianza dei coniugi è il fondamento essenziale della società famigliare, riesce quindi impossibile il fondare un sistema sopra una supremazia del marito che non può ammettersi razionalmente.

La disposizione poi, oltre all'essere contraria ai princìpi regolatori della famigliare società, è inutile, poichè nella maggior parte dei casi manca di sanzione. Di vero, per ciò che riguarda l'amministrazione dei beni, la vedova potrà operare a suo talento, anche contro le condizioni imposte dal marito, e con ciò non ne seguirà la nullità degli atti fatti contrariamente al disposto del marito, come pure non potrà essere rimossa dall'esercizio della patria podestà, a meno che ne avesse abusato nel senso dell'articolo 233 Codice civile (1).

Venendo ora a stabilire quali siano le condizioni che il padre può imporre alla madre, è da notarsi la determinazione che vien fatta in proposito nello stesso articolo 235.

A termini dell'articolo citato, le condizioni possono riguardare l'educazione dei figli e l'amministrazione dei beni. Veramente anche a questo riguardo l'espressione della legge è amplissima, e potrebbe lasciare al padre la

---

(1) Processi verbali della Commissione coordinatrice n° 15, seduta 1° maggio.

facoltà d'imporre alla moglie l'obbligo di consultare altre persone e di seguire il loro avviso sia rispetto all'educazione dei figli che rispetto all'amministrazione dei beni, ossia si darebbe indirettamente al padre il diritto di nominare un consulente o tutore alla moglie. Questa conclusione però, come eccessiva e contraria allo spirito della legge, non pare che si debba accogliere, ed in fatto la giurisprudenza si è pronunciata in senso contrario (1).

I diritti poi di *correzione* e di *usufrutto*, come pure quello di prestare consenso al matrimonio, non possono neppure essere modificati o limitati dal padre, perchè sono diritti di patria podestà inalienabili (2).

Un'altra disposizione restrittiva della patria podestà della madre venne nel Codice italiano stabilita all'articolo 236. In esso è disposto che, se alla morte del marito la moglie è incinta, il tribunale, sull'instanza di persona interessata, può nominare un *curatore al ventre*.

La legge non ha disposizione in cui dichiari quale sia l'ufficio di tale curatore, bisognerà quindi risalire all'origine dell'istituzione per stabilire lo scopo per cui essa fu introdotta. L'origine dell'istituzione dei curatori al ventre risale al diritto romano. Leggesi diffatti nel Fr. 1°, tit. IX, lib. 37 del Digesto: *Sicuti liberorum eorum qui iam in rebus humanis sunt curam praetor habuit; ita etiam eos qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit. Nam et hac parte edictus eos tuitus est dum ventrem mittit in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionis.*

---

(1) Corte di Cassazione di Torino, 4 maggio 1875, causa Vernizzi contro Canossi. *Giurisprudenza*, 1871, pag. 366.

(2) Processi verbali della Commissione coordinatrice n° 17, seduta 3 maggio.

Adunque, come si può dedurre da tale frammento di Ulpiano, l'istituzione del curatore al ventre era fatta nell'interesse del nascituro e di nessun altro (1). In seguito però il curatore al ventre ebbe anche un altro ufficio speciale, che fu quello di assicurarsi della nascita del figlio e della vitalità di esso, e di accertare che non si trattasse di una supposizione di parto.

In tal caso naturalmente il curatore al ventre era posto, non nell'interesse del nascituro, ma in quello degli eredi del marito, quando vi fosse timore che la vedova volesse, fingendo un parto, frustrare gli eredi stessi delle loro ragioni sull'eredità del defunto marito (2).

E per tale scopo bisogna dire che sia introdotta nel Codice civile la disposizione dell'articolo 235, poichè si accenna alla domanda per la nomina fatta da *persona interessata,* che in questo caso non può essere altri fuori che un erede del marito; ed inoltre perchè, accordando la legge alla madre la patria podestà ed il diritto di esercitarla dopo la morte del marito, sarebbe assurdo il ritenere necessario un curatore per proteggere gl'interessi del nascituro (3).

Posto adunque che la nomina del curatore sia fatta nel solo interesse degli eredi del marito, veramente la facoltà accordata dalla legge appare come un oltraggio fatto alla dignità della donna. La giustificazione della nomina del curatore sta nella sola presunzione che la moglie superstite voglia commettere un reato, poichè tale è la supposizione di parto a norma dell'articolo 506 del

---

(1) MAYNZ, *Droit romain*, 2, 513 e 644.
(2) MERLIN, *Répertoire : Curateur*, § IX.
MARCADÈ, *Commento*, art. 393.
(3) Processi verbali n° 17, seduta 3 maggio, § III, B.

Codice penale, e nessuno può negare che tale non è la base da cui deve partire il legislatore. Pare dunque che dovrebbe bastare agli eredi del marito, come garanzia del loro diritto eventuale, la facoltà che loro spetta di dar querela per supposizione di parto contro la moglie, e di avere quindi, oltre al risarcimento dei danni dalla moglie, la reintegrazione di quei diritti che sarebbero violati colla introduzione di un figlio supposto nella famiglia.

Ad ogni modo poi è certo che, trattandosi di disposizione la quale per un lato è restrittiva della libertà della donna ed inoltre costituisce un segno di diffidenza contro di essa, il giudice dovrà accordare un tale provvedimento nei soli casi in cui per gravi sospetti o per altre circostanze se ne manifesti la necessità.

—

Un'ultima restrizione infine all'esercizio della patria podestà per parte della madre si rinviene negli articoli 237 e seguenti del Codice civile.

È da notarsi che all'articolo 232 il legislatore italiano aveva stabilito già un principio di giustizia indiscutibile. Per esso l'usufrutto legale cessa col passaggio del padre o della madre a seconde nozze. Tale disposizione non fu però introdotta nel Codice italiano senza contrasto. L'articolo, quale ora si legge nel Codice, trovavasi già proposto nel progetto ministeriale, ed a questo riguardo osservava allora il Pisanelli nella sua relazione che non vi era ragione di distinguere tra il caso del padre e quello della madre che passino a seconde nozze, ed osservava anzi che la posizione dei figli era peggiore in caso di seconde nozze del padre.

La Commissione senatoria si dichiarò contraria alla innovazione, adducendo a ragione che il padre binubo rimane sempre capo della sua famiglia, e per contro la

madre binuba entra a far parte di un'altra. Malgrado tali osservazioni, la Commissione coordinatrice si attenne alla redazione del progetto ministeriale.

Stabilito il principio di cui all'articolo 232, sarebbe stato logico che tanto al marito che alla moglie si facesse uguale trattamento anche riguardo agli altri diritti inerenti alla patria podestà, ma invece si approvarono senz'altro gli articoli 237 e 238 che contraddicono al principio come sopra stabilito.

In forza di tali disposizioni la vedova non può contrarre matrimonio senza far convocare prima il consiglio di famiglia, e questo consiglio può conservare o togliere l'amministrazione dei beni del figlio alla madre, e può anche stabilire delle condizioni all'amministrazione ed all'educazione dei figli.

Nessun obbligo di tal fatta è imposto al marito e nessuna restrizione è possibile alla amministrazione ed educazione, ancorchè il marito passi a seconde nozze.

Giustificare una tale disuguaglianza tra il marito e la moglie pare alquanto difficile, e gli stessi argomenti che hanno indotto la Commissione coordinatrice a negare l'usufrutto ad ambidue i coniugi nel caso di seconde nozze, avrebbero dovuto condurre a negare ad amendue l'amministrazione dei beni, od almeno ad eguagliarne la condizione.

Nè si dica per avventura che la madre, passando a seconde nozze, entra in una nuova famiglia, e che quindi havvi pericolo che distragga in favore della nuova famiglia i beni dei primi figliuoli; poichè, siccome non le spetta l'usufrutto, non è possibile che faccia una distrazione dei frutti di cui non ha il godimento, ed ove ne disponesse contro il divieto della legge, evvi sempre il disposto dell'art. 233 in forza del quale, nel caso di abuso della patria podestà, può esserne tolto o limitato l'esercizio.

Non si può nemmeno opporre che la madre, convolando a seconde nozze, rimane soggetta alla podestà del secondo marito, e quindi non può esercitare la patria podestà.

È da notarsi che l'art. 237 ha per scopo principale di togliere alla madre la amministrazione dei beni. Ora, a norma del sistema adottato dal Codice italiano, la moglie è soggetta all'autorizzazione maritale per gli atti eccedenti la semplice amministrazione, anzi neppure per tutti questi atti. L'azione della moglie, adunque, che è libera per l'amministrazione dei proprii beni, può esserlo senza inconvenienti per l'amministrazione dei beni dei figli, e non ha a tale riguardo da essere menomamente soggetta alla podestà del marito.

L'art. 237 poi ed anche l'art. 238 non autorizzano il consiglio di famiglia a *togliere* l'educazione dei figli dalle mani della madre, ancorchè essa passi a seconde nozze. Scopo delle disposizioni citate si è soltanto di togliere l'influenza che potrebbe subire la madre, in tutto ciò che riguarda l'educazione, dal secondo marito, di cui si diffida, come di colui che non ha naturalmente affetto per i figli del primo matrimonio.

Ma entrando nel campo delle influenze, chi non vede che, se non maggiore, è per lo meno eguale quella che può esercitare la matrigna sull'animo del padre?

« Ove si voglia tener conto di ciò che ordinariamente accade, dice il Pisanelli nella sua relazione, si può affermare essere più sfavorevole la condizione dei figli i quali acquistano una matrigna, che non quella dei figli che a lato della madre acquistano un patrigno, onde la ragione giuridica e l'esperienza consigliano di mantenere fermo il principio di eguaglianza fra i genitori nei loro diritti verso la prole ». Lo stesso guardasigilli Vacca, nella relazione a S. M., notava che i figli orbati della

madre loro non avranno a sperare d'ordinario un amore disinteressato dall'intrusione di una matrigna.

Si può dunque conchiudere con sicurezza che non vi è ragione, nè legale, nè morale, che valga ad introdurre una distinzione tra il padre e la madre nel caso in cui passino a seconde nozze, tanto più che sia nell'un caso che nell'altro, quando l'educazione dei figli non fosse lodevole, soccorre, come si è già più volte osservato, il rimedio dell'art. 233, la cui applicazione può essere invocata anche d'ufficio dal Pubblico Ministero.

Scendendo ora all'esame di alcune questioni di interpretazione sugli articoli 237 e 238 del Codice civile, è certo che la obbligazione della madre si limita alla instanza per la convocazione del consiglio di famiglia, e che, fatta tale instanza, essa può senz'altro contrarre il matrimonio, senza incorrere nella sanzione di cui all'articolo 238.

È pur certo che in applicazione dell'art. 237, il consiglio di famiglia può imporre delle condizioni all'amministrazione, ma non può imporre un consulente alla madre, e ciò per le stesse ragioni che si sono dette più sopra, in ordine all'art. 235.

Le disposizioni speciali intorno alla validità delle deliberazioni del consiglio di famiglia dei minori, non che alla costituzione di esso, saranno pure evidentemente applicabili al consiglio di famiglia speciale, di cui agli articoli 237 e 238, quindi si potrà dalla madre impugnare le deliberazioni del consiglio, quando non sia stato regolarmente costituito o convocato, o quando non siano in numero legale i consulenti.

La legge finalmente, onde mostrare una volta di più che, se ammette la possibilità di togliere alla madre l'am-

ministrazione dei beni dei minori, si è perchè teme la influenza del secondo marito, dispone che il marito sia risponsabile in solido dell'amministrazione, allorachè la madre l'abbia ritenuta, malgrado che sia passata a seconde nozze e non abbia convocato il consiglio di famiglia.

Così pure la legge dispone che, anche nei casi in cui l'amministrazione fu conservata alla madre dal consiglio di famiglia, il marito si intenda sempre associato nella amministrazione e sia responsabile in solido.

Per quanto non si possa negare la necessità di tutelare gli interessi dei minori, tuttavia tali disposizioni non paiono razionali. Infatti esse poggiano, come ognuno vede, sulla supposizione che il marito debba necessariamente prendere parte all'amministrazione, mentre ciò non è anche nel sistema della legge, essendo l'amministrazione liberamente accordata alla moglie.

Ove poi l'amministrazione fosse esercitata dal marito, gli interessati ed anche il Pubblico Ministero, a norma dell'art. 233, potrebbero far richiamare la madre all'osservanza stretta della legge, ed in caso diverso, privarla dell'esercizio della patria podestà.

—

Intorno all'esercizio della patria podestà per parte della madre, si è fatta questione se, nel caso in cui essa addivenisse ad un matrimonio senza convocare il consiglio di famiglia, e che tale matrimonio fosse dichiarato nullo, rinasca in lei il diritto all'usufrutto ed anche il diritto di amministrazione dei beni e di educazione della prole.

Riguardo all'usufrutto, non pare che si possa sollevare dubbio. Certamente la perdita dell'usufrutto non può dipendere che da un atto valido, e se il matrimonio fu dichiarato nullo, la madre trovasi nello stato in cui prima si trovava.

Per pronunziare diversamente bisognerebbe che la perdita dell'usufrutto si dovesse considerare come una pena inflitta alla madre pel fatto del secondo matrimonio. Ora tale non fu certamente il concetto del legislatore, il quale intanto ha privato il binubo dell'usufrutto, in quanto teme che ne possa approfittare la nuova famiglia.

Annullato il matrimonio, la nuova famiglia più non esiste, quindi non esiste nemmeno il pericolo che si volle evitare dal legislatore.

Nè dicasi che vi possono essere dei figli del matrimonio nullo e che si rinnoverebbe il pericolo che l'usufrutto dei beni degli altri figli possa andare a favore dei nuovi. Ciò che il legislatore teme si è la costituzione di una nuova famiglia, che al binubo faccia dimenticare i doveri che ha verso l'antica; ora, quando il secondo matrimonio è dichiarato nullo, la nuova famiglia cessa assolutamente di esistere. Dato poi che vi fossero dei figli i quali potessero avere qualche diritto, in base all'art. 116 del Codice civile, mancherebbe pur sempre il secondo coniuge, all'influenza del quale ha specialmente voluto porre riparo il legislatore.

La questione è forse più ardua rispetto all'amministrazione dei beni per causa dell'esplicita dichiarazione dell'art. 238, che cioè la madre *perde di diritto* l'amministrazione in mancanza della convocazione del consiglio.

Tuttavia, se si consideri che un atto nullo non può produrre alcun effetto, e quindi il matrimonio si deve avere come non celebrato, che anche colle disposizioni degli articoli 237 e 238 il legislatore ha voluto evitare il pericolo delle influenze del secondo marito, che tali influenze cessano colla dichiarazione di nullità del matrimonio, pare che si possa con fondamento conchiudere che anche l'amministrazione deve ritornare intiera alla

madre, quando il secondo matrimonio, che essa ha contratto senza convocare il consiglio di famiglia, è dichiarato nullo.

Si è fatta questione, se il secondo matrimonio contratto soltanto dinanzi alla Chiesa basti a privare dell'usufrutto il genitore superstite e la madre dell'amministrazione dei beni.

Quantunque sianvi giudicati in senso favorevole alla cessazione dell'usufrutto (1), non pare che tale soluzione della questione si possa dire razionale. La legge civile, quando parla di *seconde nozze,* di *matrimonio,* non contempla se non le nozze valide, secondo la legge stessa, e produttive degli effetti civili. Che colle nozze celebrate innanzi alla Chiesa si produca talora uno stato di coniugio simile a quello legale, che in tale stato si verifichino gli stessi inconvenienti rispetto ai figli del primo matrimonio, inconvenienti che, colle disposizioni degli articoli 232, 237 e 238, il legislatore si è proposto di evitare, ciò nulla rileva.

I parenti ed il Pubblico Ministero potranno ricorrere, quando vi sia abuso e quando l'esercizio della patria podestà diventi pregiudicievole agli interessi dei figli, onde ottenere la rimozione del genitore, a norma dell'art. 233; ma non si potrà mai far luogo a quelle conseguenze che la legge accorda al matrimonio contratto secondo le norme che la legge stessa impone, matrimonio che solo ha esistenza, e che solo può dare origine alla società famigliare di fronte alla legge civile.

---

(1) Corte d'Appello di Napoli, 18 luglio 1870. *Gazzetta dei Tribunali,* 1870, pag. 633; Cassazione di Napoli, 10 agosto 1870. *Gazzetta dei Tribunali,* 1871, n° 1.

CAPO IX.

Condizione della donna rispetto all'esercizio dei diritti di tutela.

O vogliasi considerare come conseguenza del sistema che propugna la incapacità naturale della donna, sistema che per quanto modificato e ristretto, pure non cessa di avere qua e là nelle disposizioni del nostro Codice delle applicazioni: o vogliasi ritenere come una reminiscenza del sistema romano che considerava la tutela come un *munus publicum* da cui per conseguenza dovevano essere escluse le donne, o vogliasi infine, ciò che è più probabile, credere che tutti e due questi sistemi abbiano influito a formare quello seguìto dalla legislazione francese, su cui si modellarono poscia la maggior parte delle altre moderne e così l'italiana: fatto sta che nel Codice italiano, in genere, le donne sono escluse dagli uffici tutelari.

Diffatti, all'art. 268, è stabilito che non possono essere tutori, protutori, curatori, nè far parte dei consigli di famiglia le donne, eccettuate le ascendenti e le sorelle germane non maritate.

A giustificare l'esclusione delle donne dagli uffici tutelari, il guardasigilli Pisanelli osservava: « che il principio

di uguaglianza civile tra maschi e femmine non sembrò doversi estendere sino ad ammettere per regola, la donna all'esercizio di un pubblico ufficio. D'altronde le domestiche cure che appartengono più specialmente alle donne la riservatezza naturale, che ne concentrano tutta l'operosità a beneficio della famiglia, debbono essere dal legislatore grandemente rispettate ».

Secondo il Pisanelli adunque, dovrebbero essere due essenzialmente le ragioni di esclusione della donna: 1° il carattere di pubblico ufficio inerente alla tutela; 2° le esigenze delle cure domestiche. Quanto al carattere di pubblico ufficio (posto pure che fosse realmente nella tutela), non pare che possa essere per sè una ragione sufficiente: e che in realtà non lo sia, è dimostrato dalle stesse eccezioni che sono fatte dalla legge e che si trovavano pure nel progetto Pisanelli a favore delle ascendenti e delle sorelle non maritate. Se alcune volte le donne possono adempiere agli uffici tutelari, non è più valida la ragione tratta dalla pubblicità dell'ufficio stesso.

È quindi perfino superfluo il notare che si può sostenere non essere la tutela veramente un pubblico ufficio, tendendo a conservare integro un diritto unicamente privato. Si può anzi sostenere e fu sostenuto (1) che anche secondo il diritto romano la tutela non era considerata come un vero ufficio pubblico, ma soltanto come un carico che poteva spettare a ciascun cittadino. In diritto romano del resto, si spiega benissimo che la donna non potesse esercitare la tutela, poichè vi era essa stessa soggetta, ed era soltanto in via di eccezione e sotto l'adempimento di certe condizioni che la madre e l'avola potevano assumere la tutela.

Quanto alla seconda ragione tratta dalle cure domestiche

(1) Huc, *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, *I*, pag. 109.

non ha nemmeno alcun valore perchè potrebbe invocarsi ugualmente per gli uomini, come si invoca per le donne. Del resto anche ammettendo, che dalle cure domestiche sia completamente assorbita la donna che ha una famiglia propria da educare ed amministrare, non ne seguirebbe altra conseguenza fuorchè la necessità di accordare, come già si è fatto, il diritto alle donne di essere dispensate dagli uffizi tutelari, non mai quella di stabilir la loro incapacità.

L'interpretazione dell'art. 268 non può dar luogo a molte questioni.

Sono in genere eccettuate dalla regola di incapacità, le *ascendenti:* quindi saranno capaci di assumere la tutela tanto le ascendenti della linea paterna, che quelle della linea materna, poichè dove la legge non distingue non può distinguere l'interprete.

Sono pure ammesse alla tutela le sorelle *germane non maritate.* Per qual ragione il legislatore abbia richiesto nelle sorelle non maritate il doppio vincolo di parentela, veramente non è facile a stabilire, massime che i fratelli, anche soltanto consanguinei od uterini, possono essere ammessi agli uffici tutelari.

La legge esige inoltre che le sorelle germane *non siano maritate.* Con ciò non pare che rimangano escluse neppure le vedove, massime nel caso in cui non abbiano prole, salvo naturalmente, la loro facoltà di far valere la ragione di dispensa di cui al n° 1, dell'art. 273.

Oltre all'eccezione di cui all'art. 268, un'altra risulta dall'art. 330 in favore della donna, e in ordine all'ammessione di essa all'esercizio degli uffici tutelari.

In base a detto articolo il coniuge, maggiore di età e non separato legalmente, è tutore di diritto dell'altro coniuge interdetto.

La legge però nulla dispone riguardo alla cura dell'inabilitato e quindi lascia campo a discutere se la moglie possa essere curatrice del marito inabilitato malgrado la disposizione dell'art. 268. A primo aspetto parrebbe doversi concludere per l'esclusione in base ai termini generali dell'art. 268, il quale esclude le donne da tutti gli uffici tutelari. Si può osservare però che tanto la interdizione, quanto la inabilitazione, sono pronunciate per causa di una infermità di mente, quantunque tale infermità non sia così grave allorquando si fa luogo alla sola inabilitazione.

La causa determinante è adunque la medesima tanto per la interdizione che per la inabilitazione, e quindi non vi è nulla di contrario allo spirito della legge nello ammettere la moglie che può fare il più, cioè essere tutrice dell'interdetto, sostituire la propria personalità a quella del marito; a fare il meno, cioè ad intervenire negli atti del marito onde completare la personalità di esso, che non è pienamente capace in causa della stessa infermità.

La ragionevolezza di una tale opinione si manifesta anche più, ove si osservi che possono essere curatrici del marito le ascendenti di lui e le sorelle germane non maritate, e v'è certamente una ragione di più per ammettere la moglie, che è legata al marito con vincolo di affezione assai più stretto. Siccome poi il marito può senza dubbio essere nominato curatore della moglie inabilitata, è logico che in base al principio di eguaglianza e reciprocità fra i coniugi alla moglie spetti egualmente il diritto medesimo verso il marito (1).

---

(1) BURRI, *Diritti delle donne secondo il Codice civile del regno d'Italia*. Firenze, 1876, pag. 196.

CAPO X.

Della testimonianza delle donne.

L'art. 351 del Codice civile dispone che gli atti e le dichiarazioni da farsi innanzi agli uffiziali dello Stato civile devono riceversi in presenza di due testimoni di *sesso maschile*; l'art. 788 stesso Codice, dispone che i testimoni nei testamenti devono essere *maschi*, e finalmente l'art. 42 della legge notarile 25 luglio 1875, richiede pure che in tutti gli atti notarili i testimoni siano maschi.

Per contro la legge non ha disposizioni riflettenti le testimonianze negli atti privati, ed ammette indistintamente uomini e donne a testimoniare tanto nei giudizi civili che nei giudizi penali.

Come si vede, il legislatore italiano ha seguito in questa parte la vecchia distinzione tra la testimonianza istrumentale e la testimonianza giudiziaria, e mentre ha fatto capace di quest' ultima anche le donne, ha limitato riguardo alla istrumentale la capacità ai soli maschi.

Prendendo ad esame gli argomenti che sono addotti a dimostrazione della necessità di escludere la donna dalla testimonianza istrumentale, sarà facile lo scorgere come la distinzione e la conseguente esclusione della donna sono del pari contrarie a ragione.

Un primo argomento si vuol trarre dalla naturale confidenza della donna, la quale può essere facilmente ingannata ed aggirata.

Questa speciale condizione della donna, si dice, per un lato scema la forza probante dell'atto pubblico, e per l' altro scema altresì la forza della sanzione inflitta alla falsa testimonianza, giacchè davanti ai giurati la donna troverebbe sempre una scusa nella seduzione o nell' inganno di cui è stata vittima.

In secondo luogo si osserva che il testimone in un pubblico atto partecipa all'ufficio del notaio o dell'altro pubblico uffiziale che lo redige, e ad una tale partecipazione di un pubblico ufficio non può essere ammessa la donna.

A questi ragionamenti però è facile, prima di tutto contrapporre che per quanto si voglia mascherare con abili parole *la confidenza* che si accenna come una preziosa qualità della donna e la facilità ad essere ingannata ed aggirata che si vuol far nascere da ciò che è pregio, gentilezza, e virtù nella donna stessa, si riduce alla fin fine ad una incapacità intellettuale della donna, cioè all'argomento sulla base del quale non è più lecito ragionare, poichè tutti convengono sulla sua insussistenza.

La donna, e su tal punto non si può muover dubbio, nè si muove in verità dagli stessi avversari, è intellettualmente eguale all'uomo, ora se così è, non si potrà dire più facile ad ingannare la donna che l'uomo, poichè l'inganno è frutto dell'errore e l'errore una falsa percezione intellettiva.

Il dire poi, che l'azione della giustizia non potrà spiegarsi contro la falsa testimonianza delle donne ugualmente come contro la falsa testimonianza degli uomini, oltrecchè egli è un supporre che i giudici non pronunzino a seconda

della malvagità dell' azione e della intenzione di chi la commette, ma guidati unicamente dalla passione; egli è poi un argomento che prova troppo, potendosi ugualmente invocare ogni qual volta si tratti di altri reati commessi dalle donne; poichè in ogni caso si dovrà temere che i giurati inclinino ad una soverchia mitezza verso di esse, tenendo conto di questa allegata loro debolezza e confidenza. Senonchè un argomento perentorio contro siffatti ragionamenti di coloro che sono avversi alla testimonianza delle donne, si può trarre dalla contraddizione in cui cade il legislatore. Le stesse ragioni di debolezza e facilità ad essere ingannate esistono allora che le donne sono chiamate a testimoniare non più dinanzi ad un notaio, ma dinanzi ad un Tribunale, ed esiste pure l'interesse delle parti ad ingannarle; perchè dunque la testimonianza giudiziale delle donne è ammessa, e notisi è pareggiata in tutto e per tutto a quella dell'uomo?

Perchè l'attestazione della donna varrà a far pronunziare una sentenza capitale, e non varrà poi ad accertare che un testatore a lei noto ha manifestato dinanzi ad un notaio la sua ultima volontà in una data maniera? La paura che essa possa attestare il falso esiste tanto in un caso che nell'altro, ed anzi regge tanto per gli uomini che per le donne, nè più nè meno, e onde evitare il sognato pericolo bisognerebbe adunque non solo vietare alle donne di testimoniare, ma addirittura abolire la prova per testimoni.

« Pericoli ed inconvenienti sono annessi a tutti i si-
« stemi, ma nelle nostre condizioni di civiltà è odioso il
« fare distinzioni ingiuste tra esseri per natura ugual-
« mente morali ed ugualmente responsabili per legge » (1).

---

(1) Vedi *Atti parlamentari,* 1876-77, *Camera dei Deputati,* pag. 2305.

Senonchè sottentrano gli avversari col secondo argomento e trovano una ragione di vietare la testimonianza istrumentale delle donne, nel fatto della partecipazione del testimonio al pubblico ufficio del notaio.

È questa però una pura asserzione mentre in realtà il testimone istrumentale, come il testimone giudiziale, non fa che asserire un fatto, poichè colla sua sottoscrizione afferma unicamente che quelle cose che egli ha udito leggere nell'atto notarile sono precisamente quelle che le parti hanno dichiarato avanti a lui ed al notaio. Perciò, se le donne sono capaci di fare testimonianza davanti ad un giudice istruttore, e di sentire se la testimonianza raccolta è conforme a quella che esse hanno fatto, non si può dubitare che possano fare la stessa cosa davanti al notaio il quale è, come il giudice istruttore, un pubblico uffiziale (1).

Nè gioverebbe il dire che, allorquando una donna è davanti ad una Corte di giustizia, allora la sua debolezza è protetta dal giudice, il quale sta guardiano e custode della sua libertà, poichè tale osservazione mentre per un lato presuppone sempre quella inferiorità d'intelligenza che non può essere ammessa e che non si ammette dagli stessi avversari, dall'altro falsa completamente il carattere della testimonianza giudiziale, la quale deve essere la espressione della verità che emana direttamente dal testimone, e non deve nè direttamente nè indirettamente subire l'influenza del giudice inquirente.

Infine, non ha neppure alcun valore un altro argomento su cui ordinariamente si insegna avere fondamento la distinzione tra la testimonianza istrumentale e la giudiziaria, rispetto alla capacità della donna. Allorchè si tratta di attestare un fatto in giudizio, si osserva, non

---

(1) *Atti parlamentari*, loco citato, pag. 2306.

potere le parti interessate cercare i testimoni più intelligenti e capaci, ma doversi accontentare di quelli che il caso ha fatto presenti alle circostanze che si vogliono attestare. Allorquando, invece, trattasi di testimoni per un atto istrumentale le parti ed il pubblico uffiziale che lo riceve, possono facilmente cercare quelli che presentano i caratteri di capacità richiesti dalla legge. Ecco perchè mentre si deve necessariamente accettare la testimonianza della donna in giudizio, la legge può senza inconvenienti escluderla dalla testimonianza istrumentale.

Lasciando però da parte che non essendo sussistente la allegata incapacità della donna, la distinzione non può essere applicata ad escludere la donna stessa, è pure inesatto che non sianvi inconvenienti di sorta nello escludere la donna dalle testimonianze istrumentali. Non sono rari i casi, specialmente per i testamenti i quali esigono quattro testimoni, che nelle campagne non si arrivi a radunare il numero sufficiente e quindi un cittadino debba per questa sola ragione morire intestato.

Tali inconvenienti non si verificherebbero mai od almeno assai più raramente quando le donne fossero ammesse a far da testimone. Notisi poi, che ammettere le donne a fare da testimoni, non vuol dire imporre la loro testimonianza: l'intervento delle donne non è necessario, diventa solo possibile nei casi in cui il notaio giudichi di poterle adibire senza inconvenienti.

Egli è da rallegrarsi che gli argomenti fin qui esposti in favore della testimonianza della donna, abbiano indotto la Camera dei deputati ad approvare un articolo di legge concepito nei termini seguenti: « Sono abrogate le dispo-« sizioni di legge che escludono le donne dall'intervenire « come testimoni negli atti pubblici e privati ». Ed è da sperare che anche il Senato vorrà unire il suo voto a

quello della Camera elettiva. La riforma è modesta e si tiene nei limiti della ragione, anzi essa si manifesta conforme al nostro sistema legislativo, poichè, come osservava il Ministro di Grazia e Giustizia nella discussione che ebbe luogo alla Camera elettiva: siccome si accordò l'esercizio della patria podestà e quello di altri diritti importantissimi, alla donna, sarebbe una vera contraddizione il negarle la facoltà di compiere un atto per sè quasi indifferente come è quello di prestare la sua presenza in un contratto.

A complemento di quanto fu sin qui osservato si noti ancora che, quantunque nell'articolo di legge testè approvato dalla Camera dei deputati, si parli di atti pubblici e privati, non ne segue con ciò che attualmente e finchè non saranno modificate le disposizioni di legge enunciate in principio del presente capo, la donna non abbia il diritto di testimoniare negli atti privati.

Le disposizioni che privano la donna della capacità di fare da testimonio sono di diritto singolare, e quindi vogliono essere interpretate restrittivamente, nè si possono estendere ad altri casi, fuorchè a quelli dalla legge espressamente indicati.

Ne consegue perciò che negli atti privati, in cui non interviene il ministero del notaio, le donne possono anche attualmente fare da testimonio. Egli è vero che, non essendo richiesta dalla legge la presenza dei testimoni per tali atti, la testimonianza della donna nulla può aggiungere, nè togliere alla scrittura privata; però non è men vero che, mentre la sottoscrizione di una donna quale testimone ad un atto pubblico, secondo la legge attuale, renderebbe nullo l'atto stesso, non rende nulla perciò la scrittura privata, e la donna potrà validamente, se non come teste istrumentale, come teste giudiziale fare fede della verità della intervenuta stipulazione.

CAPO XI.

Condizione giuridica delle donne in ordine alle stipulazioni matrimoniali.

Alloraquando in seno alla Commissione coordinatrice venne in discussione l'art. 1411 del progetto, corrispondente all'art. 1378 del Codice italiano, furono posti in sodo i princìpi generali, secondo cui dovevano intendersi regolati i rapporti contrattuali fra i coniugi rispetto ai loro beni, e si disse che colla citata disposizione la legge intendeva stabilire: 1° Che quando gli sposi non addivengono a patti nuziali, ciascheduno di essi conserva, rispetto ai beni, i diritti che prima aveva, salva naturalmente la modificazione prodotta dal matrimonio nella capacità giuridica della donna. 2° Che nel silenzio delle parti viene escluso ogni concetto di comunione legale o d'altro sistema qualunque, e per conseguenza si intende attuata la separazione dei beni fra i coniugi. 3° Che anche nel caso in cui i coniugi addivengano alla stipulazione dei patti nuziali, la legge interviene e prescrive certe norme indeclinabili intorno alla società coniugale ed alle sue conseguenze (1).

(1) Processi verbali, n° 36, seduta 16 maggio.

Tali princìpi devono essere riconosciuti come razionali e conformi in tutto alla libertà dei contraenti. Non è qui il luogo di scendere a dimostrare come, per quanto un regime sia buono in sè, non possa *a priori* essere applicato in tutti i casi in cui non si fece dagli sposi una speciale stipulazione: e neppure evvi l'opportunità di ripetere tutti gli argomenti che si adducono dai commentatori dei Codici francese ed italiano, onde mostrare a quale si debba dare la preferenza fra il regime dotale e quello della comunione dei beni.

Solo diremo che il Codice italiano, scostandosi dal francese, il quale, in mancanza di patti speciali, regola i rapporti fra i coniugi colle norme della comunione legale, ha reso omaggio alla libertà contrattuale, disponendo che, in mancanza di stipulazione, debbano i rapporti intendersi mantenuti quali erano prima del matrimonio, ossia i beni di ciascun coniuge rimanere perfettamente separati.

Quali sieno le limitazioni che reca la legge alla facoltà spettante alla moglie sopra i suoi beni parafernali, si è più sopra veduto al capo V parlando dell'autorizzazione maritale e giudiziale.

Restano ora a vedere le limitazioni che la legge impone alla libertà di contrattare, vietando od imponendo delle condizioni alle stipulazioni matrimoniali, quando hanno luogo. Queste limitazioni verranno, come si è fatto sin qui, prese ad esame in ordine alla restrizione che arrecano alla condizione giuridica della donna; e restano naturalmente divise in due classi, in quanto cioè si riferiscono al *regime dotale*, oppure a quello della *comunione*.

§ 1.

Regime dotale.

Le quattro sezioni in cui è diviso il capo 2°, libro III, titolo v del Codice civile, in cui si tratta della Dote, serviranno di guida onde procedere ordinatamente nelle nostre osservazioni.

(A) *Costituzione della dote.*

Sull'argomento della costituzione della dote e sempre per ciò che ha specialmente tratto alla condizione della donna, occorrono diverse considerazioni, sia rispetto all'oggetto che è costituito in dote, come rispetto alle persone che la costituiscono.

L'art. 1389 dichiara che la costituzione della dote può comprendere in tutto od in parte tanto i beni *presenti* che i beni *futuri* della donna.

In primo luogo può anche parere questa una eccezione ai princìpi generali che regolano la validità dei contratti in ordine al loro oggetto. Diffatti, benchè l'art. 1118 del Codice civile dichiari che le cose future possono formare oggetto dei contratti, l'art. 1117 dispone che la cosa che forma oggetto del contratto debba essere determinata almeno nella specie. Da ciò pare potersi dedurre che un contratto, che avesse per oggetto tutti i beni presenti e futuri di un contraente, non sarebbe valido, perchè non vi sarebbe determinazione nell'oggetto, e quindi non sarebbe possibile al contraente il giudicare sulla estensione dell'obbligazione che assume.

Adunque l'art. 1389 si può considerare anche una eccezione in favore del contratto di matrimonio, perchè permette la costituzione in dote di tutti i beni presenti e futuri della sposa.

In ogni caso poi la facoltà di costituirsi in dote anche i beni futuri non può a meno che considerarsi come eccessiva.

Si potrà forse dire con un certo apparente fondamento di ragione essere naturale quel completo abbandono della moglie nelle mani del marito, anche per ciò che riguarda il suo patrimonio, e che in ogni caso la moglie non può risentire gran danno, conservando essa la proprietà delle cose tutte costituite in dote.

Egli è però assai facile rispondere che il contratto di matrimonio è pur sempre un contratto che si fonda essenzialmente sulla volontà dei contraenti. Questa volontà non si può considerare come piena, quando chi contrae non conosce, nè può conoscere l'estensione dell'obbligazione. Potrebbe anche darsi che la moglie, per un caso impreveduto, diventasse proprietaria di cosa che non si sarebbe certamente costituita in dote, ove l'avesse posseduta all'epoca del contratto. Potrebbe inoltre avvenire che la moglie per insperata fortuna venisse ad acquistare una sostanza superiore a quella del marito. Ora è indubitato che in tale eventualità, cioè quando la moglie è più ricca del marito, la dignità stessa di quest'ultimo e l'uso generale richiedono che la dote non sia maggiore della sostanza del marito, tanto più che per ciò che oltrepassa tale misura la dote rimane senza assicurazione e garanzia. Infine giova osservare che nel sistema del Codice Albertino la facoltà di costituirsi in dote tutti i beni presenti e futuri trovava un riscontro nella ipoteca legale spettante alla moglie a sicurezza della dote su tutti

i beni presenti e futuri del marito. Ora invece tale garanzia non venne più accordata che sui beni attuali del marito, e non è nemmeno possibile (e fu lodevole innovazione) lo stabilirla con patto espresso sui beni futuri. Così stando le cose, la moglie che si è costituiti in dote i suoi beni tutti presenti e futuri, non può assicurarsi della restituzione della dote stessa, perchè non sa per qual somma essa si debba cautelare.

Certamente non si poteva considerare la ipoteca sui beni futuri del marito come una garanzia reale, ma non è men vero che la garanzia era adeguata alla natura della somma guarentita, la quale era appunto indeterminata ed eventuale.

Non pare adunque che debba considerarsi come razionale lo accordare alla moglie la facoltà di costituirsi in dote anche i beni futuri.

Ad interpretazione dell'art. 1389 giova però notare che la costituzione in dote di tutti i beni futuri non può valere per quei beni che venissero lasciati alla moglie coll'espressa condizione che non potessero divenire dotali. Non vi è legge che proibisca ad un terzo di apporre alla sua liberalità una condizione di tal fatta. La legge anzi in caso analogo dimostra che tale condizione è da considerarsi come valida ed ammessibile, poichè vediamo che l'art. 129, n° 1, implicitamente permette che siano lasciati al figlio, dei beni alla condizione che il padre non ne abbia l'usufrutto.

Una seconda osservazione in ordine alla costituzione della dote si può con fondamento opporre alla disposizione degli articoli 1392 e seguenti.

Fu detto e con ragione che gli articoli 1392, 1393, 1394 e 1395 del Codice italiano non meritano di trovare sede in un Codice. Di vero, rispetto ai due ultimi arti-

coli (1394 e 1395), è palese che essi contengono dichiarazioni perfettamente superflue. Costituire una dote vuol dire, secondo il concetto della legge (art. 1388), apportare dei beni al marito. Ora se taluno costituisce una dote, cioè apporta al marito dei beni a tale titolo, deve apportare dei beni suoi proprii, giacchè, se non fossero tali, la costituzione non sarebbe in realtà fatta da lui, ma dal proprietario dei beni. La dichiarazione quindi dell'art. 1394, che stabilisce doversi la dote prendere dai beni dei dotanti, è inutile.

Così pure è inutile la disposizione dell'art. 1395, perchè è indubitato che, affine di costituire una dote, non basta assistere alla stipulazione del contratto ed anche sottoscrivere il contratto stesso, ma bisogna contrattare e dichiarare di voler costituire la dote, onde non fa bisogno di dichiarare che, quantunque il padre costituisca la dote sui diritti paterni e materni, la madre non è obbligata, e la dote rimane per intiero a carico del padre.

Per altre considerazioni si dimostra poi non accettabile l'art. 1392.

In tale disposizione si contempla il caso il cui il padre e la madre costituiscano una dote senza dichiarare in quale proporzione intendano contribuirvi. Ora è ovvio il considerare prima di tutto che una questione siffatta non si può sollevare *a priori* dal legislatore.

Siccome il contratto di matrimonio e quindi la costituzione di dote devono farsi per atto pubblico, si avrà un contratto scritto da interpretare, e le diverse clausole serviranno a scoprire la volontà dei costituenti, ma è ingiusto e sommamente pericoloso, il voler stabilire una regola generale mentre la specialità dei casi può indurre in una diversa sentenza.

Del resto, ancorchè si potesse dare *a priori* una regola,

non sarebbe accettabile quella adottata dal nostro legislatore. Siccome la dote si può considerare come il compimento di quelle cure che i parenti devono ai loro figli onde provvedere alla loro educazione ed al loro collocamento, ne viene di necessità che i genitori devono concorrere per la dote, come per le altre obbligazioni di mantenimento ed educazione della prole, e così a norma dell'art. 138 Codice civile, in proporzione delle sostanze di ciascuno dei genitori stessi.

L'art. 1592 inoltre, può dare origine ad una questione di interpretazione. La moglie che non ha beni stradotali potrà costituire una dote alla figlia insieme col marito?

L'art. 1321 del Codice Albertino corrispondente all'art. 1392 Codice italiano in un alinea prevedeva questa eventualità che la madre non avesse parafernali, e disponeva che la costituzione non fosse valida se non in conformità degli articoli 1540, 1541 e 1542 di quel Codice. Tale alinea non venne più riprodotto nel Codice italiano. Con tutto ciò crediamo che in massima la moglie si debba dire capace di costituire alla figlia la dote, ancorchè non abbia che beni dotali. Certamente essa dovrà ricorrere al Tribunale (se nel contratto non fu pattuita la alienabilità) onde ottenere l'autorizzazione ad alienare una parte della dote a favore della figlia.

L'unica differenza che vi sarà dunque dal sistema seguito dal Codice Albertino, consisterà in ciò che mentre in base all'art. 1540 n° 3 di questo Codice la dote della madre era dichiarata alienabile nel caso in cui dovesse servire a costituire la dote della figlia, secondo il nostro Codice dovrà il giudice accertarsi che veramente vi sia la necessità od almeno la convenienza di alienare la dote della madre onde procurare un buon collocamento alla figlia.

Infine assolutamente ingiustificabile è la disposizione dell'art. 1393, in forza del quale, se il genitore superstite costituisce alla figlia una dote sui beni paterni e materni senza specificarne le porzioni, la dote si prende primieramente sopra i diritti spettanti alla futura sposa sui beni del genitore premorto, ed il rimanente sopra i beni di chi ha costituito la dote. In altre parole il genitore costituisce la dote alla figlia coi beni della figlia stessa almeno in parte. Ora una tale disposizione potrebbe fino ad un certo punto spiegarsi quando la figlia non potesse addivenire nel contratto di matrimonio alla stipulazione di quei patti e convenzioni che le sono convenienti, anche per ciò che ha tratto ai rapporti patrimoniali, ma non secondo la nostra legge che le accorda tale facoltà. Le conseguenze poi di tale disposizione possono essere gravissime, essendo possibile che i beni del genitore premorto bastino a compiere la dote costituita, ed in tal caso il genitore avrebbe costituita una dote senza nulla contribuire, senza apportare nulla del suo. La giurisprudenza francese rilevò la assurdità di una tale disposizione di legge e per correggerla pronunziava che la dote nel caso previsto dall'articolo 1545 corrispondente all'art. 1393, debba prendersi metà sopra il patrimonio del genitore e metà su quello della figlia, ma oltrecchè sussiste sempre l'anomalia che il genitore costituisca una dote su beni non suoi, è certo che la giurisprudenza pronunziando in tal modo ha violato il senso chiaro ed indiscutibile della legge.

(B) — I. *Diritti del marito sulla dote.* — II. *Inalienabilità dei beni dotali.* — III. *Ipoteca legale della moglie sui beni del marito.*

I. Il solo marito ha l'amministrazione della dote durante il matrimonio (art. 1396). Egli è nella stessa natura della dote che l'amministrazione di essa spetti unicamente al marito. Non è qui opportuno discutere su questo principio cardinale del sistema dotale, principio che del resto è pienamente conforme alle tradizioni nazionali ed all'essenza del regime dotale quale ci venne trasmessa dalla legislazione romana senza essere nullamente incompatibile colle esigenze della moderna civiltà e della razionale organizzazione della famiglia. Ugualmente non si può dire però del principio sanzionato nell'alinea dello stesso articolo 1399, almeno nella parte in cui accorda al *solo marito* il diritto di agire contro i debitori.

Senza voler entrare nella discussione sulla denominazione conveniente al diritto che spetta al marito sulla dote, egli è certo non essere possibile attualmente sostenere che la dote diventi assoluta proprietà del marito, a meno che si tratti dei casi speciali di dote costituita su mobili stimati o su immobili coll'indicazione che la stima ne importa il trasferimento. Ammessa quindi anche l'opinione del Troplong, che è pure la più favorevole al diritto del marito (1), questi non avrebbe sulla dote che una quasi proprietà, mentre la proprietà naturale, vera, originaria, continua a spettare alla moglie.

Altri commentatori tutto al più accordano al marito un diritto di usufrutto sulla dote (2) e la maggioranza

---

(1) TROPLONG, *Contrat de mariage*, n° 3098 e seguenti.
(2) PRUDHON, *De l'usufruit*, t. I, p. 143.

ritiene che il diritto del marito sulla dote, sia *sui generis*, ma che non affetti per nulla la proprietà spettante alla moglie.

Ora, se alla moglie spetta indubbiamente la proprietà dei beni dotali, con qual diritto si vorrà togliere ad essa assolutamente la facoltà di tutelare la sua proprietà?

Possono verificarsi dei casi in cui o per l'assenza temporanea del marito, o perchè questi non voglia o non possa agire contro i terzi debitori della dote, sia non solo utile, ma necessaria onde mantenere salvi i diritti dotali l'azione della moglie. Eppure stando al disposto letterale della legge, la moglie non ha il diritto di agire essendo questa una facoltà esclusiva del marito. Nè si dica che in tal caso la moglie possa ricorrere per la separazione della dote dai beni del marito. Prima di tutto è questo un rimedio straordinario ed a cui per le sue gravi conseguenze non deve facilmente la moglie appigliarsi.

Inoltre potrebbe darsi che si trattasse di una eventualità in cui occorresse operare immediatamente ed un giudizio di separazione non può svolgersi e condursi a termine in breve tempo. Nè si opponga che fu concesso al solo marito il diritto di agire in giudizio, perchè la moglie non può stare in giudizio senza autorizzazione. Tale argomento, in diritto costituendo non ha alcun valore secondo le idee che furono più sopra espresse in ordine alla autorizzazione maritale.

Non ha poi nemmeno alcun valore in diritto costituito, poichè la moglie è soltanto incapace a stare in giudizio per certi atti, e nell'ipotesi più sfavorevole alla stessa, non le si potrebbe negare di agire, quando la dote fosse costituita sopra mobili, pei quali è permessa alla moglie l'azione giudiziale. Inoltre la moglie può essere autorizzata o può anche versare in uno dei casi stabiliti dall'art. 135 e non aver bisogno dell'autorizzazione.

Non pare adunque che si possa dire accettabile il sistema di accordare esclusivamente al marito il diritto di agire per la dote, e sarebbe più razionale, pure lasciando al marito il diritto di agire, non togliere alla moglie la facoltà di esercitare il diritto stesso.

Ciò è tanto vero, che alcuni interpreti [1] insegnarono che in certi casi, come di imminenza di prescrizione, la moglie può iniziare un giudizio onde mantenere salvi i proprii diritti. Per giungere a tale conseguenza bisogna forzare la portata della legge e trascurarne la significazione letterale, sarebbe quindi assai più ragionevole che la legge modificasse la sua disposizione nel senso sopra accennato.

Si è discusso se il marito possa agire in giudizio senza il concorso della moglie per ottenere la divisione dei beni dotali, quando siano posseduti indivisi con dei terzi.

Secondo i princìpi del diritto romano, il concorso della moglie dovrebbe dirsi necessario perchè la divisione aveva il carattere *traslativo* di proprietà. In Francia le opinioni sono divise fra i commentatori, e mentre da un lato Troplong [2], e Delvincourt [3] sostengono che il marito può intentare da solo l'azione di divisione, Prudhon [4] e Marcadé [5] dall'altro opinano che sia necessario l'intervento della moglie. A vero dire par che si debba dare la preferenza a quest'ultima opinione.

Di vero, non vale il dire che al marito compete il diritto di agire contro i debitori e detentori della dote, e che i possessori in comune della dote sono veri debi-

---

(1) TROPLONG, *De la prescription*, t. II, p. 599.
(2) *Contrat de mariage*, n° 3112.
(3) DELVINCOURT, t. II, p. 140.
(4) *De l'usufruit*, n° 137 e 415.
(5) Commentario all'art. 818.

tori e ritentori, giacchè l'azione di divisione è assai differente da quella di rivendicazione, avendo la rivendicazione per oggetto una cosa certa e determinata, mentre la divisione ha per oggetto di determinare ed accertare la cosa nella sua quantità e qualità. Non vale il dire che le regole del romano diritto non sono più applicabili, essendo nel diritto attuale la divisione considerata come dichiarativa soltanto e non come traslativa di proprietà (art. 1034 Cod. civ.). La questione versa sopra un tema diverso da quello cui si riferisce l'articolo 1034, e poichè il diritto esclusivo di agire spettante al marito è una vera restrizione della capacità giuridica della donna, è ragionevole il conchiudere che, in caso di dubbio, si deve pronunziare in favore della capacità di essa, e richiederne perciò il concorso [1].

Si fa questione sulla capacità del marito di transigere sopra questioni riflettenti la dote. Sebbene siasi sostenuto che il marito ha facoltà di addivenire a tali atti [2], pare tuttavia che il carattere speciale della transazione vi si opponga. La transazione (art. 1764) contiene una vera alienazione, perchè ciascuna delle parti transigenti dà e ritiene qualche cosa. Ora, il marito non può alienare i beni dotali senza l'intervento della moglie, sia perchè egli è un semplice amministratore della dote, sia ancora pel carattere di inalienabilità che colpisce, secondo la nostra legislazione, la dote stessa.

---

(1) Questo principio d'interpretazione spiega il perchè si dia qui una soluzione differente da quella adottata nella discussione di una questione analoga alla presente che si trattò nel capo dell'autorizzazione maritale. - Allora si sostenne che la moglie può addivenire senza autorizzazione alla divisione di eredità immobiliari, perchè in tal modo si favoriva la capacità della moglie, e qui si nega il diritto al marito di addivenire alle divisioni ugualmente per favorire la capacità della moglie.

(2) Cesano, *Contratto di matrimonio*. Torino, 1867, p. 85.

Siccome però se il marito non può disporre del capitale dotale, ha il godimento dei frutti di esso, così bisogna necessariamente concludere che può transigere le questioni che riguardano soltanto i frutti.

È inteso però sempre che tutte le alienazioni dei frutti devono limitarsi a quelli scaduti o pendenti, e quindi il marito non potrebbe vincolare alcuna parte dei frutti dotali per il futuro, giacchè potrebbe darsi che si sciogliesse il matrimonio e cessasse così il suo diritto al godimento.

A tale principio indiscutibile di giustizia si fanno però dalla legge due eccezioni. Una riguarda il caso in cui l'immobile dotale sia dato in affitto. L'articolo 1417 dispone che la moglie è obbligata a rispettare l'affitto per un quinquennio nei modi e termini stabiliti dall'articolo 493. Tale eccezione è ragionevole e necessaria per lasciare al marito il mezzo di amministrare convenientemente i beni dotali. Un'altra eccezione è quella che risulta dall'articolo 665, in forza del quale viene accordato al marito il diritto d'imporre al fondo dotale delle servitù, le quali non cessano che allo scioglimento del matrimonio. Tale diritto costituisce una facoltà di alienare parzialmente il fondo dotale: e notisi che di tale alienazione viene a subire le conseguenze la moglie stessa in caso di separazione di beni; onde devesi considerare come eccessiva.

II. Negli articoli 1404, 1405 e 1407 il legislatore italiano ha stabilita e regolata l'applicazione del principio di *inalienabilità* della dote.

Per farsi un giusto criterio sul fondamento razionale di un tale principio, è utile risalire alla sua origine storica. Come si è già osservato, in Roma, e secondo il diritto antico, la dote si acquistava sempre al marito e

diventava sua proprietà assoluta confondendosi coi suoi beni.

A poco a poco cominciarono a manifestarsi delle tendenze a restringere l'assoluta disponibilità della dote che anticamente spettava al marito. Divenuti frequenti i divorzi, e volendosi provvedere alla restituzione delle doti, si cominciò ad accordare un'azione di restituzione, dapprima in forza di stipulazione, poi in forza della legge. Senonchè l'azione in restituzione essendo nella maggior parte dei casi illusoria in causa delle alienazioni fatte dal marito prima dello scioglimento del matrimonio, si provvide, ai tempi di Augusto, con la legge *Julia,* la quale limitò il diritto assoluto del marito, esigendo il consenso della moglie perchè l'alienazione del fondo dotale fosse valida, e vietando di ipotecare il fondo stesso anche col consenso della moglie.

Scopo di tale innovazione introdotta dalla legge *Julia* si fu di ottenere che la donna divorziata o vedova, avendo conservata la dote, potesse rimaritarsi e procreare dei figli; poichè fin d'allora i rilassati costumi e le guerre facevano sentire il bisogno di colmare i vuoti delle popolazioni. Sotto un tale aspetto e tenendo conto di tali fatti deve intendersi il detto di Paolo: *Reipublicae interest mulieres dotes salvas habere propter quas nubere possint* (1).

Adunque, e questo è essenzialissimo a notarsi, il principio della inalienabilità della dote non ebbe per origine l'interesse della famiglia, ma bensì la conservazione delle doti alle donne vedove o divorziate.

Tale principio venne poscia ancora esteso da Giustiniano, il quale proibì l'alienazione e l'obbligazione del

---

(1) L. 2, *De jure dotium,* D. XXIII, 3.

fondo dotale anche col consenso della moglie: *nè fragilitate naturae suae in repentina perducatur inopia.*

Nella compilazione del Codice francese i legislatori si trovarono, rimpetto alla istituzione della inalienabilità, seguita nei paesi *di diritto scritto* ove era in vigore il sistema romano, e lo adottarono senz'altro ammettendo in massima l'inalienabilità, salvo a modificarla con delle eccezioni.

Fra i Codici moderni il solo austriaco si emancipò completamente dalle tradizioni romane, e, adottando un sistema veramente razionale, attribuì al marito un semplice diritto di usufrutto sulla dote, alla moglie la proprietà di essa, e lasciò libero alla volontà dei coniugi di addivenire all'alienazione ed all'obbligazione ipotecaria della dote. Ora, quale dei due sistemi deve dirsi preferibile? Quello romano, riprodotto nel Codice francese e nell'italiano, dell'inalienabilità, o il sistema austriaco dell'alienabilità della dote? Si può quasi con certezza asserire che, se il principio dell'inalienabilità non avesse per sè il vantaggio di un uso continuato da tempo antichissimo passato in abitudine nelle popolazioni di origine latina, forse non si avrebbe nemmeno osato di proporne la introduzione nel Codice italiano. Il Codice italiano, in ordine alla disponibilità dei beni, è informato a princìpi affatto opposti; esso diffatti proscrive le sostituzioni fidecommissarie e dichiara redimibile l'enfiteusi onde sciogliere i vincoli che inceppano il libero commercio dei beni. Coll'ammettere invece l'inalienabilità della dote il legislatore ha creato una manomorta, temporaria è vero, ma pur sempre una manomorta, poichè i beni vengono per essa tolti al libero scambio ed alla suddivisione, operazioni che sono la fonte principale per cui si accresce la ricchezza territoriale.

Senonchè, non è questo il solo appunto che si può fare al sistema di inalienabilità della dote. In primo luogo il diritto di alienare non può essere per sua natura generale, e perciò dà origine a delle disuguaglianze le quali tolgono alla legge il prestigio, mostrando in qual modo si possa eludere quanto essa comanda. Di vero, se l'alienazione di immobili dotali potrà essere annullata, non lo potrà invece l'alienazione della dote quando sia composta di mobili, perchè riguardo a questi il possesso vale titolo.

In secondo luogo non è sufficiente a giustificare il principio della inalienabilità, la sua origine antica e l'esempio dei Romani, poichè presso i Romani venne introdotto per una ragione particolare di ordine politico, ragione che ora più non esiste; ed anzi la progredita scienza economica ci insegna essere falso il sistema di favorire i matrimonii.

Non vale poi a giustificare l'inalienabilità l'interesse della famiglia, poichè è certo che non si può stabilire a priori con una regola generale comune a tutte le eventualità, la convenienza di conservare piuttosto che di alienare un fondo dotale. Bisogna dunque lasciare ai coniugi i quali sono direttamente interessati, il giudizio sul partito più conveniente. Proibendo senz'altro l'alienazione il Codice adunque, oltre allo stabilire un principio non vero, assume la tutela degl' interessi di persone che potrebbero provvedere esse stesse, e quindi viola i più noti princìpi di diritto.

Del resto è pure facile dimostrare che col sistema della inalienabilità non si viene nemmeno a tutelare gl'interessi della famiglia. Quando i coniugi sono d'accordo a voler giovarsi del denaro dotale, sia buono o cattivo l'uso che ne vogliono fare, è agevole il ricorrere al Tribunale esponendo

dei motivi i quali apparentemente siano fondati; e diffatti si vede in pratica che raramente o mai, se i coniugi sono d'accordo, è negata l'autorizzazione. Il ricorso al Tribunale non ha dunque altro effetto fuorchè quello di aggravare le spese e quindi diminuire l'utilità dell'alienazione, senza contare che molte volte l'utilità dell'alienazione consiste nell'operarla a tempo, e dovendo invece ottenere preliminarmente l'autorizzazione, talora essa è concessa troppo tardi, quando cioè è già incorso il male che volevasi evitare.

Infine, ammettendo il principio della alienabilità della dote, si purificherebbe il sistema dotale da un'accusa che talora non è affatto priva di fondamento. Si fa appunto al regime dotale di immoralità perchè può darsi che la moglie dopo di avere aiutato il marito a dar fondo alle sue sostanze non ne soffra conseguenza di sorta, potendosi riparare dietro il principio della inalienabilità della sua dote: ed anzi ove pure essa desiderasse di contribuire del proprio a soddisfare i debiti che forse il marito ha contratto per sua causa, la legge vieta che ciò faccia.

Abrogando il principio della inalienabilità si toglie anche la immoralità e si dimostra ognor più che la morale e la giustizia non possono essere disgiunti l' una dall'altra.

Malgrado la evidenza di tali argomenti che pur furono fatti valere all'epoca dei lavori preparatorii, il Codice italiano ha stabilito all'art. 1405 il principio della inalienabilità. L' unico progresso realizzato in questa parte dal nostro Codice, si fu nel restringere i casi in cui il detto principio ha la sua applicazione.

Primieramente ha disposto che i coniugi possono nel contratto di matrimonio pattuire l' alienabilità della dote, ed in tal caso è libero ad essi di addivenire a tale alienazione senz'altra formalità.

Fu discusso in seno alla Commissione coordinatrice sulla convenienza di lasciare una tale facoltà agli sposi e da un lato si oppose ripetendo le ragioni che avevano indotto la Commissione senatoria ad accettare un contrario parere: che ammettere il patto di alienabilità è un rendere illusorio il principio stabilito dalla legge in via di regola, che cioè la dote sia inalienabile: che è imprudente lasciare alla inesperienza degli sposi di decidere su tale importante questione. Dall'altro lato si oppose: la libertà dei contraenti, la capacità di essi, notando specialmente che se la moglie può non costituirsi una dote *a fortiori* può costituirla alienabile [1], e questi argomenti persuasero la Commissione.

Posto per base che la facoltà di pattuire nel contratto nuziale la alienabilità della dote poggia sul principio della libertà dei contraenti, ne viene di conseguenza che si deve ricorrere al contratto ed interpretarlo onde accertare i limiti della permissione stessa. È da notarsi però, che sebbene nell'art. 1404 del Codice siasi indicata distintamente l'alienazione e l'ipoteca, ciò non toglie che la parola alienazione comprenda, come amplissima, anche la costituzione d'ipoteca che è una alienazione eventuale. Non pare quindi accettabile l'opinione che fu sostenuta [2], non essere la facoltà di *alienare*, comprensiva della facoltà d'ipotecare.

Un'altra notevole innovazione introdotta nella nostra legge, fu quella di non determinare i casi in cui si possa dal Tribunale permettere l'alienazione della dote, come faceva il Codice Albertino agli articoli 1536 e seguenti, disponendo invece con una locuzione più ampia che la

---

(1) Processi verbali, n° 36, seduta 16 maggio.
(2) CESANO, Opera citata, pag. 107.

autorizzazione può darsi dal Tribunale nei casi di necessità od utilità evidente.

La sanzione stabilita dalla nostra legge al principio della inalienabilità della dote si è la nullità di cui all'art. 1407.

A questo riguardo è da notarsi che si tratta di nullità opponibile unicamente dal marito o dalla moglie e non dagli altri contraenti nell'intervenuta alienazione. Si tratta quindi di nullità semplicemente relativa, e riguardo alla quale decorre la prescrizione di cui all'art. 1300 del Codice civile.

Perciò il diritto che all'art. 1407 è attribuito alla moglie di promuovere la dichiarazione di nullità anche dopo sciolto il matrimonio, è sottoposto alla condizione che essa sia ancora in tempo utile a proporla.

Che veramente sia da pronunciarsi in tal modo si deduce dal fatto che nel Codice italiano è accordata anche durante il matrimonio la facoltà alla moglie di promuovere l'azione di nullità mentre, secondo il Codice Albertino, tale facoltà spettava soltanto alla moglie separata di beni (art. 1543 Codice Albertino).

Sotto un tale aspetto perciò la disposizione dell'art. 1407 costituisce una eccezione alla regola contenuta nell'articolo 1399 già più sopra esaminata in forza della quale spetta al solo marito di promuovere le azioni riflettenti la dote.

L'azione di nullità contro l'alienazione della dote spetta naturalmente tanto agli eredi del marito che a quelli della moglie, quando decorre tuttavia il termine utile per esercitarla (art. 1301 Codice civile).

Non può però tale azione spettare ai creditori: non a quelli del marito il quale non è che un mandatario, un usufruttuario della dote; non a quelli della moglie, perchè siccome l'inalienabilità è fondata sull'interesse della

famiglia, e l'esercizio dell'azione di nullità dipende pure da un giudizio sull'interesse della famiglia, sotto un tale aspetto può dirsi che l' azione riflette un diritto che è personale cioè esclusivamente inerente alle persone della moglie (art. 1234) e del marito.

L'articolo 1407 dispone che il marito è tenuto ai danni quando non abbia dichiarato nel contratto che la cosa venduta è dotale. Tale dichiarazione ha per iscopo di avvisare il contraente che vi è la possibilità di un'azione di nullità. Notisi però, che l' articolo parla unicamente del marito, e non del caso in cui la moglie sola sia intervenuta all'atto, e non abbia dichiarata la qualità dotale della cosa.

Stando alla lettera della legge, l'obbligazione di risarcire i danni non incomberebbe alla moglie. Probabilmente però, l'origine della dimenticanza si deve ricercare nella genesi della disposizione. Essa venne desunta letteralmente in questa parte dall'art. 1543 del Codice Albertino, ma non si badò che secondo il Codice Albertino la vendita fatta dalla moglie non era mai valida se mancava dell' autorizzazione del marito. Quindi in quel sistema era naturale che si desse importanza alla dichiarazione del marito il quale doveva necessariamente intervenire onde autorizzare la vendita. Secondo il Codice italiano invece essendo la moglie autorizzata a fare da sola alienazioni di mobili, ne consegue che un terzo può validamente contrattare con una donna maritata ed essere indotto in errore, supponendo che i mobili siano parafernali mentre sono dotali.

In tal caso la moglie che non dichiara la qualità dei beni è colpevole tanto quanto il marito per avere sorpresa la buona fede del contraente, e quindi in base ai princìpi generali deve dirsi tenuta al risarcimento, quantunque l'art. 407 non contempli altri che il marito.

L'azione di nullità, di cui all'art. 1407, non può essere proposta quando è intervenuta la ratifica.

È da notarsi però che tale ratifica non può aver luogo durante il matrimonio per solo consenso, anche congiunto, dei coniugi. Sarebbe invero un accordare loro indirettamente la facoltà di alienare, che direttamente si vieta. L'unico mezzo di ratificare durante il matrimonio è perciò di ottenere l'autorizzazione del Tribunale.

Sciolto il matrimonio poi, la moglie, a cui sola spetterebbe l'azione di nullità, può ratificare e convalidare l'alienazione (1).

III. Il legislatore, entrato nella via di protezione del patrimonio dotale, non si arrestò a stabilire il principio della inalienabilità della dote, ma istituì a favore della stessa anche un'altra garanzia, quella cioè dell'ipoteca legale. A vero dire, anzi, l'ipoteca legale non è che una forma speciale della inalienabilità. Egli è perciò che si tiene qui parola dell'ipoteca legale spettante alla moglie per la dote e per i lucri dotali, quantunque il Codice ne tratti nel titolo speciale delle ipoteche.

E che veramente la ipoteca legale non sia che una forma, sotto cui si rivela il principio della inalienabilità, si deduce da una delle principali ragioni poste innanzi da coloro che ne sostengono la giustizia e la opportunità. Si osserva da essi che alla garanzia della dote, allorachè viene costituita su beni stabili, provvede abbastanza il precetto della inalienabilità, poichè i beni dotali alienati possono facilmente rivendicarsi coll'azione di nullità.

---

(1) Fu giudicato che devesi considerare come ratifica della moglie: l'aver essa ritirato degli interessi del prezzo di vendita dall'acquisitore, e l'avere accordata una mora. Corte d'Appello di Torino, 28 novembre 1874; *Giurisprudenza*, 1875, pag. 76.

Invece, allorquando la dote è stimata o costituita sopra mobili, l'alienazione produce un danno irreparabile, in base alla disposizione dell'art. 707 del Codice civile, che attribuisce al possesso dei mobili l'effetto stesso del titolo.

Scopo adunque della ipoteca legale si è di immobilizzare la dote, di impedire il passaggio della proprietà di essa senza determinate condizioni e cautele, quando essa dote è mobiliare, e allorquando la dote è immobiliare, di stringere ancora più e di raddoppiare i vincoli che già si sono stabiliti col principio della inalienabilità. Siccome poi la ipoteca legale colpisce degli immobili, e ne diminuisce naturalmente il valore e la alienabilità, così sotto un tale aspetto la ipoteca legale ha colla inalienabilità comune l'altro inconveniente di impedire la circolazione e la suddivisione della ricchezza territoriale.

Ciò posto, le ragioni medesime che furono più sopra esposte, onde mostrare che il principio della inalienabilità non raggiunge lo scopo per cui fu istituito, ed è anzi dannoso agli interessi della moglie e della famiglia, valgono a mostrare la inopportunità dell'ipoteca legale.

Oltre agli argomenti che sono comuni alla alienabilità sonvene però altri i quali dimostrano in special modo la falsità del principio su cui poggia la ipoteca legale.

Senza scendere ad esporre in modo esteso i princìpi che regolano la materia ipotecaria e che sono ammessi generalmente dagli scrittori di cose giuridiche, egli è certo però che le ipoteche, di qualunque natura siano, devono essere *iscritte,* affinchè non sia possibile il danno a carico dei terzi contraenti, i quali possono facilmente essere tratti in inganno, ove fossero possibili le *ipoteche tacite;* e che inoltre devono essere *speciali,* affinchè siano determinati i beni su cui cade il vincolo ipotecario. Egli è appunto in omaggio ai princìpi della *pubblicità* e della

specialità delle ipoteche che il legislatore impose la necessità della iscrizione anche per le ipoteche legali (articolo 1982 Codice civile) e determinò i beni su cui l'ipoteca stessa può cadere (art. 1969, n° 4). Se non che, facendo tali limitazioni, il legislatore ha tolto da un lato ciò che concedette dall'altro ed ha reso possibile il caso in cui la ipoteca legale non valga a produrre quella garanzia, ad ottenere la quale venne istituita.

Di vero la legge, volendo adempiere al precetto della pubblicità, ha necessariamente dovuto imporre a determinate persone l'obbligo della iscrizione, e così leggesi nell'art. 1982 che sono obbligati ad iscrivere l'ipoteca legale il marito ed il notaio, ma necessariamente dovette accordare un termine, entro cui l'iscrizione stessa possa utilmente farsi dalle persone indicate. Ora in questo termine il marito può benissimo accordare ad altri una ipoteca sugli stessi beni, può anche alienarli, e destituire la dote di ogni garanzia senza che vi sia rimedio di sorta, poichè a nulla gioverebbe un'azione di danni contro il marito, che può essersi reso nullatenente, e contro il notaio non vi può essere azione, essendo egli ancora nel termine utile a fare l'iscrizione.

Nè si dica che si tratti di un'ipotesi esagerata, da cui non si possa trarre valido argomento, poichè, siccome scopo dell'ipoteca legale è appunto di cautelare la dote contro le possibili deteriorazioni per parte del marito, è naturale che si facciano ipotesi basate sull'intenzione del marito di frodare i diritti della moglie.

Non si potrebbe poi neppure opporre che la moglie ha diritto di fare iscrivere l'ipoteca legale e che uguale diritto spetta a colui che ha costituita la dote. Posta sotto tale aspetto la questione, allora non v'è più alcun bisogno di ricorrere alla garanzia dell'ipoteca legale, potendo be-

nissimo la moglie od il costituente addivenire alla stipulazione della ipoteca convenzionale, ed alla iscrizione della medesima.

Adunque, anche rispetto alla ipoteca legale, bisogna essere logici, o si accettano i princìpi razionali che devono regolare la materia, ed allora l'ipoteca legale non ha più ragione di essere, poichè in molti casi si manifesta insufficiente a raggiungere lo scopo per cui venne instituita; o si vuol rendere l'ipoteca legale efficace, ed allora bisogna avere il coraggio d'imporre la ipoteca legale tacita e generale senza badare alle esigenze della giustizia e all'interesse dei terzi.

Sotto un tale aspetto è vera l'osservazione che veniva fatta in seno alla Commissione coordinatrice dal commissario Niutta in risposta alla proposta fatta dal Precerutti, affinchè si sopprimesse l'obbligo dell'iscrizione dell' ipoteca legale imposto al marito ed al conservatore, e si lasciasse la cura di iscriverla alla moglie (1). Notava il Niutta che quando si vuole una cosa bisogna volerla efficacemente, e quindi o bisogna prescindere dall'obbligo dell'iscrizione o almeno, ammesso tale obbligo, procedere con cautela onde non si trascuri l'iscrizione, poichè tanto varrebbe negare ogni diritto di ipoteca alla moglie.

Da ultimo, l'ipoteca legale ha il suo fondamento in un sistema di tutela dell'interesse privato, da cui il legislatore deve stare lontano con ogni cura. Posto che la donna sia capace di contrattare, e tale sua capacità è riconosciuta nella specie dal legislatore il quale l'ammette a fare le stipulazioni matrimoniali: dimostrato che ora non sussiste più, come presso i Romani, un pubblico interesse per la conservazione delle doti; bisogna lasciare alla con-

---

(1) Processi verbali, n° 41, seduta 19 maggio, n° X.

traente la cura di prendere quelle cautele che essa stima necessarie: accordarle legalmente una cautela egli è riconoscerla incapace di provvedere al proprio interesse, egli è entrare senza ragione a farla da tutore nelle contrattazioni private.

Il legislatore italiano non solo ha accordato alla moglie l'ipoteca legale per la dote, ma anche per i lucri dotali, cioè per un credito eventuale al quale, come si vedrà meglio in seguito, non ha esteso il rimedio della separazione della dote.

Inoltre ha attribuito all'ipoteca legale della moglie per le sue ragioni dotali, una forza ed una durata maggiore di quella delle altre ipoteche. Di vero, mentre all'articolo 2001 dispone che l'iscrizione conserva l'ipoteca per trent'anni dalla sua data e l'effetto di essa cessa se non è rinnovata prima della scadenza del termine stesso, all'art. 2004 stabilisce in via di eccezione a tale principio che l'iscrizione dell'ipoteca legale della moglie, conserva il suo effetto senza la rinnovazione durante il matrimonio e per un anno successivo allo scioglimento di esso (1).

Nelle discussioni che si fecero in proposito in seno alla Commissione coordinatrice (2), venne fatta la proposta di mantenere il termine fisso di trent'anni anche per le rinnovazioni delle iscrizioni dell'ipoteca legale della dote. Si osservava giustamente in appoggio di tale proposta che per riconoscere lo stato ipotecario di uno stabile bisogna ricorrere ai registri anteriori, quando lo

---

(1) Il Codice Albertino andava più oltre e conservava forza all'ipoteca della moglie per tutta la sua vita ed anche a favore dei suoi discendenti per la loro minore età, e per altri eredi per un anno dopo il di lei decesso (art. 2239).

(2) Processi verbali, n° 42, seduta 20 maggio, n° VI.

effetto dell'ipoteca legale spettante alla moglie possa durare oltre i trent' anni. Fu risposto in contrario senso, che imponendo l' obbligo della rinnovazione alla moglie, si pone la stessa nella dura alternativa o di fare un atto apparentemente ostile al marito, o di perdere la cautela della sua dote. Tale partito ebbe il sopravento. Tuttavia è facile osservare che la ragione addotta non ha valore di sorta. Si disse dallo stesso commissario che la propose, esservi soltanto un'*apparenza* di ostilità, ma vi fosse pure reale, poichè scopo dell' istituzione è di salvare la dote, devono adoperarsi i mezzi atti a raggiungere un tal fine. Del resto poi affinchè la moglie non facesse atti ostili al marito, bisognerebbe vietarle di intentare la separazione personale e di beni, e vietarle di richiamarsi innanzi al Tribunale, quando il marito le nega l' autorizzazione a contrattare o stare in giudizio. Ma v'ha di più, poichè si è imposto al marito l'obbligo di iscrivere l'ipoteca legale, perchè non potrà imporsi allo stesso l'obbligo di rinnovarla? Una diposizione di tal fatta entrerebbe pienamente nel sistema del Codice ed anzi ne sarebbe una logica conseguenza.

Conchiudendo adunque: l' ipoteca legale della moglie per la dote e lucri dotali, è una istituzione irrazionale nella sua essenza, e inetta a raggiungere lo scopo per cui fu istituita. Egli è dunque lecito fare voti affinchè in una prossima riforma legislativa, tale disposizione insieme col principio della inalienabilità della dote, scompaia dal nostro sistema di legislazione.

(C) *Separazione della dote dai beni del marito.*

Le limitazioni che furono poste dal legislatore al diritto di chiedere la separazione dei beni, sono evidente-

mente dettate dalla natura stessa del rimedio conservativo a cui si riferiscono. È ragionevole che non si possa ottenere, senza la solennità del giudizio, un provvedimento che modifica essenzialmente i rapporti fra i coniugi, di fronte al disposto dell'art. 1385 il quale vieta di cangiare le convenzioni matrimoniali dopo la celebrazione del matrimonio, tanto più che la necessità del giudizio si manifesta altresì onde allontanare il pericolo di frode a danno dei creditori del marito. Riesce quindi pure giustificata la disposizione dell' art. 1421 che lascia ai creditori del marito la facoltà di intervenire nel giudizio e di reclamare contro la separazione.

La natura speciale della separazione giustifica in secondo luogo la proibizione fatta ai creditori della moglie di promuoverla non potendo essi iniziare una controversia in cui i rapporti di famiglia e gl'interessi di ordine morale tengono il primo luogo.

Siccome poi è l'imminenza del pericolo che dà ragione della separazione, così la tardanza ad eseguire la sentenza dà origine alla presunzione che tale pericolo o non abbia mai esistito, od almeno sia cessato, perciò venne imposto il termine di 60 giorni (art. 1419), entro cui debba almeno provvedersi per la esecuzione della sentenza (1).

Due importanti questioni che hanno tratto alla capacità giuridica della donna, si sollevano in ordine alla separazione dei beni, e tutte e due hanno origine dal confronto della legge attuale colle disposizioni corrispondenti del Codice Albertino.

Il Codice Albertino, il quale, come l'italiano, intitolava

---

(1) Secondo la citata sentenza, Corte d'Appello di Torino, 28 novembre 1874, non potrebbe considerarsi come principio di esecuzione la notificanza della sentenza che pronuncia la separazione.

la sezione 3ª del capitolo II, titolo 8°, libro III: *Della separazione della dote dai beni del marito,* faceva poi luogo alla separazione tanto della dote che degli altri diritti derivanti dal contratto di matrimonio, e comprendeva così i lucri (art. 1546). Il Codice italiano invece non parla che della *separazione della dote,* e non fa mai parola di lucri od altri diritti derivanti dal contratto di matrimonio.

Si è voluto sostenere da taluno che anche secondo il Codice italiano si deve intendere accordato alla moglie il diritto di ottenere la separazione anche dei lucri, dicendo che i lucri devono seguire la sorte della dote, e che la moglie ha diritto di metterli in salvo insieme colla dote stessa. Tuttavia non pare che si possa accettare una siffatta opinione. La risoluzione della questione dipende dalla soluzione di un altro dubbio sulla natura della separazione secondo il Codice italiano.

A norma dell'antica giurisprudenza, la separazione della dote dai beni del marito, era concessa quando il marito volgeva all'inopia, ed era un provvedimento puramente conservativo. La separazione mantenne lo stesso carattere nella legislazione anteriore al 1838 e nel Codice Albertino, all'articolo 1548 del quale si fa parola di reale *assegnamento* dei beni della moglie fatto a *largo estimo,* e solo in certi determinati casi a *giusto estimo.* Perciò sotto l'impero del Codice Albertino la proprietà dei beni assegnati non passava alla moglie separata di beni, essa restava unicamente in possesso dei beni per cautelarsi contro la possibile perdita della dote.

Il Codice italiano invece, seguendo in ciò le traccie del Codice francese, cambiò la natura della separazione, dichiarò che essa si compie col reale *soddisfacimento* dei diritti spettanti alla moglie, dichiarò che le somme rice-

vute dalla moglie in soddisfazione sono dotali, e, mentre all'articolo 1549 il Codice Albertino accennava alle *spese di assegnamento,* il Codice italiano parla di *spese di pagamento* all'articolo 1420.

Ora, è indubitato che le parole *soddisfacimento* e *pagamento* hanno un significato ben più esteso della parola *assegnamento,* ed indicano che veramente il legislatore italiano intende che tutto ciò che venne separato in favore della moglie divenga sua assoluta proprietà.

La giurisprudenza si è pure pronunciata in tal senso [1].

Posto che attualmente i beni separati divengano proprietà della moglie, non occorrono molti ragionamenti a dimostrare che i lucri non possono essere compresi nella separazione. La dote è un credito certo della moglie, ed un credito il cui capitale serve ai bisogni della famiglia; è quindi giusto che i beni i quali rappresentano la dote diventino, come la dote stessa, proprietà della moglie. Invece i lucri non sono che un credito eventuale, l'esistenza del quale dipende dalla premorienza del marito, dalla mancanza di prole: non vi sarebbe quindi ragione alcuna per darne alla moglie la proprietà prima che le spetti certamente.

Devesi quindi stare alla disposizione letterale della legge e ritenere i lucri esclusi dal beneficio della separazione; ed a cautelare il diritto ai lucri non servirà che l'ipoteca legale o la convenzionale dipendente dal contratto di matrimonio.

La seconda questione che si solleva nella interpretazione delle disposizioni del Codice italiano riguarda il diritto della moglie sui beni posseduti dai terzi e già appartenenti al marito.

---

(1) Corte d'Appello di Torino, 30 dicembre 1874; *Giurisprudenza,* 1875, p. 107.- Stessa Corte, 24 maggio 1875; *Giurisprudenza,* 1875, p. 539.

Il Codice Albertino agli articoli 1550 e 1551 disponeva che, nel caso in cui non si trovassero beni sufficienti nel patrimonio del marito, la moglie potesse agire in sussidio contro i terzi possessori dei beni del marito.

Di fronte però alla chiarissima disposizione dell'articolo 1419 del Codice italiano, non è più possibile accordare alla moglie una tale esorbitante facoltà. La moglie non ha più soltanto l'assegnamento a titolo di cautela, ma un vero soddisfacimento della dote: questo soddisfacimento però non ha luogo che fino *alla concorrenza dei beni del marito*. Ora, i beni che il marito ha alienato ai terzi possessori non appartengono più al marito, e non si possono perciò dire compresi nella locuzione: *beni del marito*. Nè vale il dire che per tal modo molte volte il rimedio della separazione non produce alcun vantaggio alla moglie, poichè, siccome è lasciata alla moglie la facoltà di promuoverlo quando il dissesto degli affari del marito le faccia temere di perdere la dote, deve imputare a sè stessa se non fu abbastanza previdente a promuovere in tempo la separazione.

Quando perciò il marito non abbia più beni sufficienti onde soddisfare la dote, la cautela della moglie si fonda unicamente sulla ipoteca legale o convenzionale che avesse pattuito nel contratto di matrimonio, e quindi non ha altro diritto fuorchè di far valere l'azione ipotecaria quando possa richiedere la restituzione della dote.

(D) *Restituzione della dote.*

Le disposizioni che riguardano in ispecial modo e modificano la capacità giuridica della donna in ordine alla restituzione della dote, sono: 1° il divieto fatto alla moglie di chiedere la restituzione della dote stimata se

non trascorso un anno dopo lo scioglimento del matrimonio; 2° il diritto di ritenersi il fardello necessario, anche nel caso in cui sia stato stimato; 3° il diritto all'abitazione ed alle vesti da lutto nell'anno vedovile; 4° l'obbligo del marito e suoi eredi di non dar conto dei frutti raccolti e scaduti durante il matrimonio quando fu costituito in dote un usufrutto; 5° la presunzione che la dote sia stata pagata quando non fu costituita dalla moglie, ed il matrimonio ha durato dieci anni.

Riguardo al tempo della restituzione, il disposto dell'articolo 1410 poggia sopra un evidente principio di equità. Il giorno dello scioglimento del matrimonio non può essere preveduto, e perciò, qualora si obbligasse il marito od i suoi eredi a restituire immediatamente la somma di danaro che costituisce la dote, si potrebbe in certi casi arrecare, senza necessità, un gran detrimento al patrimonio del marito.

Ugualmente fondato sull'equità è il diritto accordato alla moglie di ritenersi il fardello necessario, cioè la biancheria e gli oggetti di ordinario abbigliamento. Sarebbe ingiustizia il privare la moglie di quegli oggetti che le sono indispensabili, ed a cui l'abitudine fa acquistare un non so quale affetto e preferenza.

L'articolo 1411, alinea, dispone però che deve essere degli oggetti ritenuti, *detratto il valore quando sono stati primitivamente dati con stima*. Veramente la locuzione usata dal legislatore italiano, come quella che si legge nel Codice Albertino, poteva essere più chiara, giacchè la indicazione in genere della deduzione del valore, senza indicare da qual somma debba detrarsi, lascia a prima giunta in dubbio l'interprete.

Malgrado però la oscurità della locuzione, non pare che si possa giustificare la interpretazione data di tale

disposizione nel senso che, se il fardello che si trova all'epoca dello scioglimento superi in valore il fardello primieramente recato, la moglie che vuol ritenerselo non sia tenuta ad alcun compenso, e che, se, all'opposto, il valore del fardello attuale sia minore, possa pretendere un supplemento di danaro per la quantità necessaria ad eguagliare il valore del primo (1).

Per quanto si voglia torturare il significato della legge, non pare che si possa dire accettabile una siffatta interpretazione.

La legge parla di detrazione di valore e non di un supplemento, e non può intendersi in altro senso fuorchè in questo, che la detrazione debba aver luogo a favore degli eredi del marito, dimodochè essi siano obbligati a restituire il valore della dote, ma che da tale valore debbasi detrarre quello degli oggetti ritenuti dalla moglie. Ciò, del resto, è del tutto giusto, giacchè, se, malgrado che la moglie siasi ritenuti quegli oggetti, i quali, siccome stimati, erano passati in proprietà del marito, il marito fosse tuttavia obbligato a restituire il valore di tutta la dote, e quindi anche degli oggetti in questione, la moglie verrebbe ad ottenere e gli oggetti ed il loro prezzo, ciò che costituirebbe una ingiusta duplicazione (2).

Quanto alla determinazione del valore che si deve detrarre, la legge non ha alcuna norma, epperò si deve ritenere che debbasi calcolare il valore dei mobili all'epoca

---

(1) Cesano, op. citata, pag. 121, nota 1.

(2) Che tale sia veramente l'interpretazione che si deve dare all'articolo 1411 alinea del Codice italiano, si deduce nel modo il più evidente dall'articolo 1566 del Codice francese in cui si legge: « La femme dans « tous les cas pourra retenir les linges et hardes à son usage actuel *sauf* « *à précompter* leur valeur lorsque les linges et hardes auront été pri- « mitivement constitués avec estimation ».

dello scioglimento, e ciò per gli stessi motivi già esposti, per non autorizzare cioè in favore della moglie un guadagno a carico del marito, mentre un tal guadagno non è nemmeno indirettamente accennato nelle disposizioni della legge positiva.

Un altro vantaggio accordato alla moglie si è quello di poter scegliere, allo scioglimento del matrimonio per la morte del marito, o i frutti interessi della dote, oppure gli alimenti durante l'anno vedovile. Scopo di tale disposizione si fu di provvedere al caso in cui gl'interessi della dote non siano sufficienti, ed affinchè in tale eventualità la moglie non cada da una posizione agiata nelle strettezze. Inoltre, siccome gl'interessi non sono pagabili che alla fine dell'anno vedovile, si previde il caso in cui la moglie non possieda altro che la dote, e si volle evitare di costringerla a ricorrere al credito onde sostentarsi per tutto il tempo in cui non ha diritto ancora di esigere la dote.

Sullo stesso motivo poggia l'altra disposizione che accorda alla moglie l'abitazione durante l'anno, e quanto alle vesti da lutto, pare che la prescrizione della legge abbia seguìta una antichissima consuetudine in forza della quale *mulier non debet propriis sumptibus lugere virum.*

Il legislatore ha risolto infine nel senso sfavorevole alla moglie una gravissima questione colla disposizione dell'art. 1413.

In esso è disposto che se la dote è stata costituita *sopra un usufrutto*, sciogliendosi il matrimonio, il marito od i suoi eredi, non sono tenuti che a restituire il *diritto di usufrutto*, non già i frutti raccolti e scaduti durante il matrimonio. Come si scorge facilmente, tale disposizione non devesi dire fondata altrimenti che sulla presunzione della volontà delle parti. Tuttavia non pare che

si possa fondatamente asserire che la intenzione delle parti sia sempre che i frutti si consumino di anno in anno, e non piuttosto che si capitalizzino in parte. Sarebbe invece assai più conforme all'interesse della famiglia, ed al sistema di tutela della dote, seguito dalla nostra legge, non accordare una tale illimitata facoltà al marito. Suppongasi del resto che si tratti di un usufrutto di rendita grandissima, egli è certo che consumando tutti i frutti si compie un atto di imprudenza, ed anzi una vera consumazione del capitale perchè in tal caso l'usufrutto rappresenterebbe quasi l'esazione fatta ratealmente di un capitale. In ogni caso poi siccome la dote è costituita per sostenere i pesi del matrimonio, così si dovrebbe intendere libero il marito dell'usufrutto nella parte necessaria a sostenere i pesi stessi, e legato invece all'obbligo di capitalizzare il rimanente. Ad ogni modo è chiaro che se la disposizione dell'art. 1413 si fonda sulla presunta intenzione della moglie, si deve interpretare una tale intenzione dai termini del contratto.

Infine, un ultimo vantaggio della moglie quando lo scioglimento del matrimonio è avvenuto per la morte del marito, si è quello di non essere obbligata a provare che la dote statale costituita da un terzo, fu veramente da questi pagata al marito.

Perchè la moglie sia esonerata da una tal prova è però necessario che il matrimonio abbia durato dieci anni dopo la scadenza dei termini pattuiti pel pagamento della dote.

Tale disposizione si fonda evidentemente sulla presunzione di pagamento che risulta dal non avere il marito in tutto il termine di dieci anni reclamato contro il debitore della dote, e si giustifica colla disposizione dell'articolo 1399 che concede al solo marito di agire contro i debitori della dote. Per quanto già si è esposto più sopra,

come non crediamo giusta la esclusiva facoltà di agire accordata al marito, così pare che sarebbe stato assai più semplice, od almeno più razionale lasciare alla moglie la facoltà di agire ove lo creda necessario, ed evitare di stabilire la presunzione di cui all'art. 1414 che molte volte può riuscire ad una vera ingiustizia a danno del marito.

Secondo il sistema della nostra legge, la presunzione cede naturalmente di fronte alla dimostrazione che dia il marito di avere reclamato inutilmente. La legge vuole però che il marito provi di avere usate *tutte le diligenze* per ottenere il pagamento. Stando alla forza letterale dell'espressione affinchè si intendano usate dal marito *tutte le diligenze* è necessario che egli abbia proceduto agli atti esecutivi e che tali atti siano rimasti senza frutto, perchè sia risultata la deficienza di attivo nel patrimonio del costituente.

§ 2.

Regime della Comunione.

Per quanto spetta al regime della comunione, quale venne ammessa dal Codice civile italiano, la più importante disposizione, di cui cade in acconcio l'occuparci, perchè ha una diretta influenza sulla capacità giuridica della donna, si è quella contenuta nell'art. 1438 in forza della quale: il marito solo può amministrare i beni della comunione e stare in giudizio per le azioni riguardanti la medesima, ma non può, salvo che a titolo oneroso, alienare od ipotecare i beni la cui proprietà cade nella comunione.

Per giustificare questa esclusione della moglie dall'am-

ministrazione, ed i poteri amplissimi accordati al marito, si adduce d'ordinario, che non per vantaggio particolare di esso, ma per vantaggio comune dei coniugi e per la prosperità della società coniugale il marito deve considerarsi come il naturale amministratore della comunione, la quale per prosperare abbisogna di un'unica direzione.

Il marito poi deve essere autorizzato a disporre dei beni cadenti nella comunione, perchè deve presumersi che egli operi nell'interesse della stessa, che è pure il suo proprio interesse. La moglie invece, è meno abituata agli affari, ed il suo concorso potendo essere intempestivo riescirebbe di ostacolo più che di aiuto e quindi di danno reale alla comunione. Il marito ha prevalenza sulla moglie, anche nell'ordine economico, perchè i suoi guadagni sono ordinariamente più considerevoli che quelli della moglie. Infine la condizione della donna rispetto al marito non conforme alle regole generali di società, rimane compensata dal diritto che le spetta di chiedere la separazione dei beni e da quello di rinunciare alla comunione od accettarla col beneficio dell'inventario.

Questi argomenti però quantunque speciosi, non reggono ad un serio esame e non riescono menomamente a giustificare la preponderanza del marito.

L'unità di amministrazione non è una necessità della comunione, e massime della comunione nei limiti in cui venne permessa dalla nostra legge. La comunione secondo l'art. 1436 non ha altro effetto fuorchè quello di rendere comuni e divisibili gli acquisti fatti dai coniugi unitamente o separatamente durante la comunione, siano essi derivati dall'industria comune o dai risparmi fatti sui frutti e sulle entrate dei coniugi.

Ora sia che vogliasi intendere il diritto di amministrare competente il marito in base all'art. 1438 estensibile ai

beni della moglie non compresi nell'attivo della comunione, ma i frutti dei quali entrano a comporre l'attivo stesso: sia che vogliasi restringere ai beni solo formanti l'attivo della comunione nessun inconveniente ne deriverebbe dal concedere alla moglie una parte dell'amministrazione, Quanto ai beni non compresi nella comunione perchè sono esclusivamente propri di ciascun coniuge, sarebbe ragionevole che ciascuno, e così pure la moglie per i suoi, ne avesse la amministrazione. Quanto ai frutti sarebbe ugualmente giusto che ciascun coniuge potesse amministrare quei frutti risparmiati o capitalizzati che furono prodotti o dalla propria industria o dai propri capitali.

Queste stesse osservazioni valgano a rispondere all'altro argomento che si vuol trarre dalla maggior importanza dei frutti contribuiti alla comunione dell'opera del marito, poichè secondo il sistema esposto, il marito che apporta maggiori frutti avrebbe necessariamente una parte maggiore nell'amministrazione.

Invano adunque si invoca la necessità di un'amministrazione unica. Nè si dica per avventura che per tal modo non si possano raggiungere i vantaggi della comunione, i quali provengono in gran parte dall'uso simultaneo di tutte le risorse dei due patrimoni. Viene qui in acconcio ripetere ciò che già si è detto parlando dell'autorizzazione maritale. Nei rapporti tra i coniugi, o esiste veramente l'unione, ed allora la legge non ha bisogno di imporre l'unica amministrazione perchè avverrà per mutuo consenso dei coniugi. O la unione non esiste, e allora è assai meglio che siano distinti gli interessi, per non dar luogo ad attriti che divengono inevitabili quando il solo marito è arbitro della comunione.

La presunzione poi che il marito possa sempre operare nell'interesse della comunione, è certamente bella ed ono-

revole per l'uomo, ma talora per la debolezza e malvagità umana è sgraziatamente contraria alla realtà.

Non occorre ripetere gli argomenti già svolti, per dimostrare che l'inettitudine della donna ad amministrare è una gratuita asserzione e ad ogni modo non sarebbe fuorchè la conseguenza dello stato di incapacità giuridica in cui venne fin'ora mantenuta la donna, stato che bisogna abbandonare, non continuare. Non ha per conseguenza maggior valore l'argomento tratto dall'autorità del marito, autorità che come già si è dimostrato non può essere ammessa sotto il rapporto giuridico.

Infine i rimedi che il legislatore ha potuto adottare, allo scopo di limitare l'arbitrio sconfinato del marito e di tutelare la condizione della moglie, non giustificano, ma condannano ognor più il sistema da esso seguìto. Lasciando a parte la separazione di cui all'art. 1442, rimedio analogo alla separazione della dote, è in molti casi inutile, perchè la moglie, esclusa assolutamente dall'amministrazione, può difficilmente accorgersi in tempo del disordine negli affari del marito; la disposizione dell'art. 1444, che dà alla moglie la facoltà di rinunziare alla comunione dopo lo scioglimento di essa, o di accettarla col beneficio dell'inventario, può dare origine ad ingiuste conseguenze a danno del marito e de' suoi eredi. E veramente non puossi a meno che considerare esorbitante la facoltà accordata alla moglie, che è un vero socio, di poter rifiutare le conseguenze disastrose della comunione, dopo di avere, durante il matrimonio, approfittato dei vantaggi della medesima. L'unica ragione che si dà di un tale diritto, è quella che, essendo la moglie esclusa dalla amministrazione, deve avere diritto di difendersi e cautelarsi contro le malversazioni che può avere commesse il marito. Come si scorge, egli è con un errore che si tenta di giustificarne

un altro, o meglio, accordando facoltà troppo estese al marito, il legislatore si vide costretto a concederne altrettante alla moglie, mentre sarebbe stato assai più logico e naturale che l'amministrazione fosse comune ed il patto sociale fermo ed irrevocabile.

Il motivo, del resto, per cui furono concessi al marito i diritti di cui all'art. 1438, devono ricercarsi nella origine storica della istituzione e non altrove.

Senza entrare nella lunga e nota discussione, allo scopo di stabilire se la comunione debba dirsi d'origine germanica o gallese, se quindi l'autorità speciale del marito nella comunione non rappresenti altro fuorchè il *mundium* dei germani, ossia la tutela della moglie spettante al marito, o non derivi invece da una specie di associazione tra il marito e la moglie, questo è certo che fin dai primordi della istituzione, il marito era considerato *comme seigneur et maître* della comunione.

Passata la comunione nelle abitudini delle provincie francesi di *droit coutumier,* fu accettata dappertutto la podestà illimitata del marito, non solo di amministrare ed alienare a titolo oneroso, ma anche di alienare a titolo gratuito. L'eccessiva estensione di tale arbitrio venne in seguito gradatamente limitata, e finalmente nel Codice francese, onde conciliare le divergenze tra le costumanze delle diverse provincie, venne tolta affatto la facoltà di alienare a titolo gratuito, lasciando tuttavia quella di alienare a titolo oneroso.

In Italia il regime della comunione non ha mai attecchito, avendo trovato oppositori fin dal tempo della dominazione francese, ed essendo rimasto unicamente scritto nel Codice con nessuna o rarissima applicazione sotto la legislazione albertina.

Ora, se si comprende che il regime della comunione

venga conservato tal quale è nel Codice francese, perchè è conforme alle antiche abitudini di quel paese, e perchè sotto l'aspetto storico si può in certo modò giustificare l'arbitrio al maritò attribuito da quella legislazione; non vi è ragione per adottarlo identico fra di noi, dove l'istituzione non solo non ha precedenti storici, ma è guardata generalmente con diffidenza.

Sarebbe quindi stato assai più logico che il nostro legislatore, volendo regolare il regime della comunione, avesse corretto tutti quegli inconvenienti che fanno giustamente censurare il regime stesso, fra cui principalissimo quello della sconfinata autorità del marito.

In ogni caso poi, dato pure che di regola si volesse accordare l'amministrazione al marito, non dovevasi accordare ad esso esclusivamente una tale facoltà, ma permettere che la moglie, per convenzione speciale od in certe eventualità, potesse assumere l'amministrazione della comunione; mentre invece, secondo l'attuale sistema, il patto, con cui fosse conceduto alla moglie il diritto di amministrare la comunione, sarebbe nullo, come derogante ai diritti che vennero dalla legge attribuiti ad uno dei coniugi (art. 1373).

Ciò posto in genere, volendo scendere ad esaminare qualche questione di interpretazione sull'articolo 1438, si presenta prima e grave quella accennata più sopra, se cioè l'amministrazione che spetta al marito si estenda ai beni proprii della moglie ed il cui godimento cade nella comunione. Da taluno si vuol dare una tale estensione all'amministrazione del marito: 1° perchè, siccome i frutti dei beni della moglie entrano a costituire una parte dell'attivo, il marito, che è l'amministratore, deve avere diritto di porre in opera i mezzi necessari, onde aumentare l'attivo il più possibile e quindi di aumentare i frutti

stessi; 2° perchè, avendo la legge all'art. 1439 disposto che alle locazioni fatte dal marito dei beni della moglie, il godimento dei quali cade nella comunione, sono applicabili le regole stabilite per le locazioni fatte dagli usufruttuari, ha evidentemente dimostrato che è intendimento del legislatore dover spettare al marito l'amministrazione di quei beni (1).

Tuttavia non pare che il primo argomento possa valere, perchè, ammettendo che il marito avesse l'amministrazione di tutti i beni della moglie, questa rimarrebbe priva di ogni giuridica capacità.

Maggior forza ha invero il secondo argomento, tratto dall'articolo 1439; tuttavia, onde spiegare la eventualità contemplata dal legislatore, si potrebbe il disposto dell'articolo 1439, riferire alle locazioni di quei beni acquistati durante la comunione, e perciò comuni, i quali sciogliendosi la comunione, vengano assegnati alla moglie. La locazione di tali beni sarebbe un atto di amministrazione dell'attivo, naturalmente spettante al marito.

Un'ultima disposizione, che modifica la capacità giuridica della moglie, è quella contenuta negli alinea 2° e 3° dell'articolo 1445.

A norma dell'articolo 1437, i mobili non compresi nella comunione devono essere registrati in una nota, ed in mancanza di tale registrazione sono considerati come acquisti della comunione. Malgrado il disposto di tale articolo, la legge lascia ai coniugi la facoltà di provare che le cose mobili preesistevano alla comunione, oppure pervennero per successione o donazione, e quindi non caddero nella comunione (art. 1435), e dà loro il diritto di prelevare tali mobili.

---

(1) BURRI, *Diritti delle donne secondo il Codice civile del Regno d'Italia*, Firenze 1871, pag. 332.

Riguardo ai mezzi di prova, la legge fa però una eccezione in favore della *moglie e de' suoi figli eredi*, i quali sono ammessi a provare qualunque sia il valore dei mobili, anche con testimoni che tali mobili le sono pervenuti per successione o donazione.

Ove si tratti poi di oggetti che non esistano più in natura, la moglie ed i suoi eredi possono esigerne il valore, e provarne l'ammontare, stabilendolo anche per notorietà.

Questi vantaggi e facilitazioni di prova si devono intendere accordati alla moglie, onde compensare la libertà di amministrazione ed alienazione accordata al marito. Siccome però si tratta di disposizioni eccezionali, devono essere restrittivamente interpretate, e quindi è da por mente che la prova per testimoni, di cui all'alinea dell'art. 1445, non può esperirsi che dalla moglie e dai suoi *figli eredi*, e che la prova testimoniale non può essere diretta fuorchè a provare la devoluzione degli oggetti per *successione* o *donazione*, e quindi non deve dirsi ammessibile se tendesse a provare la esistenza anteriore alla comunione degli oggetti stessi.

La prova di notorietà poi, di cui al 2° alinea, non può essere diretta ad altro fuorchè a stabilire il valore degli oggetti, mentre la loro esistenza dovrà essere accertata con altri mezzi di prova.

CAPO XII.

Dell' arresto personale della donna.

Mentre fin qui le speciali condizioni giuridiche che furono create dal legislatore italiano alla donna, si dovettero censurare per la maggior parte, siccome ispirate a princìpi irrazionali, e costituenti altrettante restrizioni alla libertà della donna, l'ultima disposizione che ci occorre esaminare per l'esaurimento del tema propostoci, sebbene sia una vera eccezione, è invece favorevole alla libertà della donna, e costituisce la realizzazione parziale di un sistema alla cui applicazione generale si è già arrivati presso molte altre nazioni civili, ed a cui si aspira, e si arriverà fra non molto, speriamo, anche in Italia.

L'art. 2097 del Codice civile vieta l' arresto personale contro le donne, salve le disposizioni speciali del Codice di commercio.

Quale sia la ragione per cui il legislatore italiano abbia stabilita questa eccezione a favore della donna, non è facile stabilire. Di vero, non si può supporre che possa considerarsi come motivo sufficiente, quello stesso che aveva indotto Giustiniano a dichiarare le donne non soggette ad essere imprigionate. *Nullam mulierem pro fiscali pecunia, sive privata causa, aut pro criminali quolibet*

modo, aut in carcerem mitti concedimus aut a viris custodiri ut non per huiusmodi occasiones inveniantur circa castitatem iniuriatæ (1). Per quanto possa parere meno conveniente l'arresto di una donna per debiti, non pare che le sole ragioni di decenza e di buoni costumi addotte dall'Imperatore valgano a giustificare l'esenzione.

Stando al testo della Novella 134, bisognerebbe concludere che non è ammessibile l'arresto delle donne nemmeno *pro criminali*, e ad una tale esagerata conseguenza non è possibile adattarsi nello stato attuale della società, mentre d'altro canto è possibilissimo evitare il pericolo che preoccupava il legislatore Romano, che cioè le donne vengano *circa castitatem injuriatæ*, provvedendo anche in modo che non siano *custoditæ a viris*.

In secondo luogo non si può credere che la esenzione delle donne dall'arresto personale abbia, come quella introdotta a favore di coloro che oltrepassano i sessantacinque anni (art. 2097, n.° 2), fondamento esclusivo sopra una certa debolezza naturale che renda troppo grave e disumana la pena per la trasgressione di un'obbligazione meramente civile.

Siccome il legislatore italiano ha permesso che si eseguisca l'arresto contro le donne, quando esercitino il commercio, e l'esercizio del commercio non toglie alla donna la sua fisica debolezza, così non è neppure con questa seconda ragione che si può spiegare il concetto del legislatore. Nè si dica che allorquando la donna è commerciante, allora l'interesse e la sicurezza del commercio richiedano che essa non sia sottratta ad un potente mezzo di coercizione qual è l'arresto. Posto che la ra-

---

(1) Novella 134, Auth. coll. tit. 17, cap. IX.

15

gione tratta dalla debolezza naturale dovesse cedere di fronte a ragioni d'interesse generale, anche i maggiori di sessantacinque anni, quando siano commercianti, dovrebbero esservi sottoposti, ed invece a norma di quanto dispone il Codice di commercio, coloro che hanno l'età sopradetta non possono, sebbene commercianti, venire in nessun caso arrestati.

Dopo quanto si è più sopra dimostrato intorno alla capacità intellettuale e morale della donna, non è neppure possibile il sostenere che essa sia stata sottratta alla coercizione dell'arresto partendo dal principio che il vincolo contrattuale non sia così potente quando è stipulato da una donna. La incapacità delle donne a contrattare è per noi assolutamente contraria a ragione, ma anche da coloro che ne sostengono la giustizia, è propugnata unicamente riguardo alle donne che hanno una famiglia e nell'interesse della famiglia, non per incapacità naturale di esse. Un tale concetto non sarebbe del resto ammessibile anche secondo il sistema seguito dal Codice italiano, il quale ha bensì sottoposto la donna maritata all'obbligo dell'autorizzazione, ma ha lasciato alle nubili e vedove ampia facoltà di assumere qualunque obbligazione. E per la stessa ragione è da rigettarsi la ragione addotta da altri, che cioè la donna debba essere lasciata libera per le cure della famiglia, poichè tale spiegazione non sarebbe più sufficiente per spiegare l'esenzione delle donne nubili.

Bisogna dunque conchiudere che non una speciale ragione, ma piuttosto tutte quelle sin qui esposte, hanno dato origine alla disposizione che esime le donne dall'arresto; e così un certo riguardo alla naturale riservatezza e debolezza della donna, la considerazione che essa sia in molti casi incapace a contrattare da sola, e la inferiorità in genere della sua condizione giuridica rimpetto

a quella dell'uomo hanno forse cumulativamente contribuito a stabilirne l'esenzione.

Noi che sin qui abbiamo propugnato la uguaglianza giuridica della donna all'uomo, dopo di avere sostenuto che la condizione di essa deve essere pareggiata, per quanto riflette i diritti civili, alla condizione dell'uomo, dovremmo per logica conseguenza e per non mostrare di essere per sistema e non per convinzione favorevoli alla donna, reclamare in nome della giustizia un eguale trattamento anche per ciò che riguarda l'arresto.

Una gravissima considerazione però ci trattiene dal fare questo reclamo, ed è che l'arresto personale è una istituzione che ha fatto il suo tempo e che deve scomparire dalle civili legislazioni.

« È cosa evidentemente immorale ed assurda che pe-
« gno delle obbligazioni da taluno assunte, sia la stessa di
« lui persona, che un creditore possa legalmente dilet-
« tarsi di spendere una somma mensile per tenere in pri-
« gione il suo debitore che forse ha ridotto alla miseria
« con rovinosi contratti » (1).

Egli è quindi a rallegrarsi, che già presso i popoli più progrediti tale istituzione sia abolita, e che fra noi un progetto di legge per l'abolizione dell'arresto personale sia stato presentato innanzi alla Camera elettiva, e da essa approvato.

La esenzione della donna dall'arresto, si può quindi considerare come una parziale applicazione dei princìpi razionali in questa materia, come una preventiva realizzazione di quelle aspirazioni che fra non molto verranno, giova sperarlo, anche in Italia ridotte in atto.

---

(1) Precerutti, *Prolusione*, 24 novembre 1868, pag. 11.

Siccome però intanto, l'arresto personale è in vigore secondo il Codice italiano, ed anche quando fosse approvata la legge che è proposta, l'arresto avrebbe pure luogo in alcuni casi, gioverà prendere ad esame e determinare l'estensione delle attuali disposizioni che regolano questa materia.

L'art. 2097 contiene la regola generale che in genere vieta di promuovere l'arresto personale contro tutte le donne, salve però le disposizioni del Codice di commercio. Ora l'art. 729 del Codice di commercio, conferma a sua volta la regola generale che le donne non sono soggette all'arresto personale, eccettuando però i casi in cui si tratti di fatti relativi al commercio che esercitano abitualmente.

Adunque, affinchè possa essere pronunziato l'arresto personale contro una donna è necessario che essa eserciti abitualmente un commercio, e che i fatti per cui è chiesto l'arresto si riferiscano al commercio stesso. Non si potrà quindi sottoporre all'arresto personale la donna, ancorchè si tratti di un atto commerciale per natura, quando non sia provata a suo carico l'abitualità dell'esercizio di un commercio. Quando poi la donna eserciti abitualmente un commercio, essa non sarà soggetta all'arresto personale per tutti quegli atti, anche commerciali, che non si riferiscono al commercio abitualmente esercitato.

Siccome poi la disposizione dell'art. 732 del Codice di commercio stabilisce che le disposizioni del Codice civile si applicano nel rimanente anche all'arresto in materia commerciale, così ne consegue che, a norma di quanto dispone l'art. 2099 del Codice civile, ancorchè si tratti di donna commerciante e di un atto relativo al suo commercio abituale, non potrà essere sottoposta all'arresto simultaneamente al marito. La ragione è chiara e si

comprende come sarebbe stato molte volte crudele rispetto ai figli, ed in ogni caso troppo pregiudicievole agl' interessi della famiglia l'imprigionare contemporaneamente i due coniugi.

Del resto poi, in base alla natura dell' istituzione, che è affatto contraria ai princìpi giuridici ed alla moderna civiltà, come pure perchè trattasi di una vera coercizione fisica, ossia di una pena nello stretto senso della parola, bisognerà ritenere che l'applicazione dell'arresto deve farsi il meno possibile, che le disposizioni di legge che lo comminano devono sempre essere interpretate ristrettivamente; e per contro in modo estensivo e favorevole alla libertà devono interpretarsi quelle che costituiscono una esenzione, e così la disposizione dell'art. 2097, che sottrae le donne all'applicazione dell'arresto.

INDICE

TESI

PRESENTATE DALL'AVVOCATO GIOVANNI CASTELLARI

I.

DIRITTO COSTITUZIONALE.

1.

Lo Statuto italiano guarentisce la libertà individuale dei cittadini.

2.

L'esercizio della libertà individuale non può essere diretto a recare altrui un danno morale o materiale, e non può spettare a chi non abbia completa la propria personalità giuridica.

3.

Colla applicazione di questi due princìpi si può giustificare l'istituzione dell'istruzione obbligatoria.

II.

DIRITTO INTERNAZIONALE.

1.

Nello stato attuale della civiltà la guerra è una sanzione necessaria del diritto internazionale.

2.

La guerra è giusta quando vien mossa da una nazione per difendere la propria indipendenza.

3.

Devesi ritenere come ugualmente giusta anche quando è mossa per difendere il diritto di un'altra nazione.

III.

Diritto penale.

1.

Le colonie penali costituiscono il sistema più razionale di punizione per certi reati.

2.

Esse devono considerarsi come una transizione necessaria prima che il condannato ritorni in seno alla società.

3.

Il sistema delle colonie penali è non solo un mezzo onde moralizzare la pena, ma è altresì un mezzo onde rendere meno grave alle finanze dello Stato la punizione dei condannati.

IV.

Diritto commerciale.

1.

È razionale l'obbligo imposto al commissionario di rispondere dei fatti del commissionario intermedio cui egli ha indirizzato la merce.

2.

Il fatto del commissionario intermedio che abbia riconosciuto l'avaria o la perdita della merce, obbliga anche il primo commissionario il quale si deve ritenere come risponsale dei danni in tal modo accertati.

3.

Il destinatario della merce può rivolgersi non solo contro l'ultimo commissionario, ma contro qualunque dei commissionari intermedi, ancorchè non abbia da essi ricevuto direttamente la merce.

V.

Procedura civile.

1.

Le regole della prescrizione in materia civile si devono applicare, per quanto la natura di esse lo permette, alle decadenze comminate dalle leggi di procedura.

2.

Il termine della decadenza è interrotto in forza di una domanda giudiziale proposta dinnanzi ad un giudice incompetente.

3.

Proposto appello davanti ad un giudice incompetente, il termine utile ad appellare non è solamente sospeso, ma incomincia a decorrere integralmente dalla notificazione della sentenza che dichiara l'incompetenza.